

**MARCEL EDUARDO CUNICO BACH**

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS  
JUDICIAIS DANOSOS: DANOS DECORRENTES DA CONCESSÃO E DA NÃO-  
CONCESSÃO INJUSTAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.**

Monografia de final de curso,  
apresentada ao Núcleo de Monografias  
da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito essencial à obtenção do título  
de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe  
Bacellar Filho

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz  
Arenhart.

**CURITIBA  
2007**

**MARCEL EDUARDO CUNICO BACH**

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS  
JUDICIAIS DANOSOS: DANOS DECORRENTES DA CONCESSÃO E DA NÃO-  
CONCESSÃO INJUSTAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.**

Monografia de final de curso,  
apresentada ao Núcleo de Monografias  
da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito essencial ao registro e  
aprovação do tema.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe  
Bacellar Filho

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz  
Arenhart.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dra. Ângela CÁSSIA Costaldello  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dra. Adriana Schier  
Faculdades Integradas do Brasil

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.

À Beatriz, essência da pureza, síntese da verdadeira beleza, flor da divindade que desabrochou em minha vida para ensinar-me o que é o amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Antonio Edison Cunico Bach e Maria Cristina Bach, pela vida, pelo amor a mim dedicado, pelo apoio infinito, pelas oportunidades e, principalmente, pelo exemplo de garra e perseverança frente às batalhas da vida.

Aos meus mestres, pelo exemplo de dedicação e paixão ao direito.

À Ione Bueno de Souza, pela paciência, pelo carinho e pela amável companhia pela estrada da vida.

Aos amigos e futuros sócios Guilherme Augusto Bittencourt Correa e Ronaldo de Paula Mion, pelos exemplos de paixão e dedicação ao Direito, pelas vitórias, presentes e futuras e pelo aprendizado de que os resultados necessários da cooperação e da amizade são o sucesso e a felicidade.

## **EPÍGRAFE**

**“...só aqueles mais apegados à mais pedestre das interpretações literais não podem perceber que a própria noção de Estado de Direito impõe, como seu consectário natural, a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros”.**

Celso Antonio Bandeira de Mello

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>08</b>
<b>2.</b>	<b>A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.</b>	<b>11</b>
2.1.	DOS FINS E DAS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	11
2.2.	TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE.	17
2.3	TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	20
<b>2.3.1.</b>	<b>Teoria da responsabilidade pelos "atos de gestão".</b>	<b>21</b>
<b>2.3.2.</b>	<b>A teoria da culpa civil.</b>	<b>22</b>
<b>2.3.3.</b>	<b>Teoria da culpa administrativa.</b>	<b>24</b>
2.4.	TEORIAS DO RISCO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.	28
<b>2.4.1.</b>	<b>Teoria do risco integral.</b>	<b>32</b>
<b>2.4.2.</b>	<b>Teoria do risco administrativo.</b>	<b>33</b>
<b>2.4.3.</b>	<b>Excludentes e Atenuantes do Dever de Reparar.</b>	<b>35</b>
2.4.3.1.	A força maior e configuração do nexo de causalidade.	36
2.4.3.2.	O caso fortuito frente às teorias objetivas.	37
2.4.3.3.	A culpa da vítima ou de terceiro.	38
2.4.3.4.	Estado de necessidade versus dano ressarcível.	39
2.5.	CARACTERÍSTICAS DO DANO RESSARCÍVEL.	41
<b>3.</b>	<b>A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO.</b>	<b>42</b>
3.1.	BREVE HISTÓRICO.	44
3.2.	REGIME VIGENTE: TEORIA ADOTADA PELA CARTA MAGNA DE 1988.	44
3.3.	O ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	45
<b>3.3.1.</b>	<b>O direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.</b>	<b>47</b>
3.4.	CONCEITUAÇÃO DE "AGENTES PÚBLICOS, ATUANDO NESSA QUALIDADE".	49

<b>3.4.1.</b>	<b>A Responsabilidade extracontratual do Estado por Atos Legislativos.</b>	51
<b>3.4.2.</b>	<b>A Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Judiciais.</b>	53
<b>4.</b>	<b>A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO.</b>	65
4.1.	BREVE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.	65
4.2.	O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO.	67
4.3.	AS HIPÓTESES LEGAIS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O REGIME DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	69
<b>4.3.1.</b>	<b>Responsabilidade Extracontratual do Estado, por omissão, pelo indeferimento injusto do pedido de Antecipação de Tutela.</b>	70
<b>4.3.2.</b>	<b>Responsabilidade Extracontratual do Estado, baseada na justa distribuição dos encargos públicos, pelo deferimento injusto do pedido de Antecipação de Tutela.</b>	73
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO.</b>	78
<b>6.</b>	<b>REFERÊNCIAS.</b>	81

## 1. INTRODUÇÃO.

Ser um Estado democrático de Direito, como se propõe o Estado brasileiro, promotor de direitos e garantias fundamentais e que se fundamenta sobre os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, requer, como propugna CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>1</sup>, que este Estado seja, antes de tudo, responsável pelos danos que a conduta de seus agentes, nessa qualidade<sup>2</sup>, venham a causar aos indivíduos.

Neste viés, o estudo da responsabilidade extracontratual do Estado, cada dia mais, se torna indispensável ao estudioso do direito que tem em vista a luta pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente e pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os objetivos fundamentais arrolados no art. 3º da nossa Carta Magna constituem deveres supremos do Estado, o qual não poderá buscá-los com desídia ou, simplesmente, omitir-se de tal empreitada. Se, da má prestação, da não prestação, da prestação tardia ou da prestação absolutamente lícita provierem danos a terceiros, é absolutamente salutar que o Estado assuma a responsabilidade patrimonial de indenizar, como forma de reparação, no que diz respeito ao terceiro e como forma de “sanção disciplinar”, se é que assim se pode afirmar, no que diz respeito ao Estado.

Somente um jurista devidamente ancorado na Constituição da República e munido de arsenal teórico qualificado poderá atuar na seara da responsabilidade extracontratual do Estado, de modo a não permitir que os danos causados pelo Estado, por si mesmo considerado ou na figura das concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos, fiquem sem a devida reparação, prejudicando injustamente os administrados lesados e desprestigiando o Estado democrático de Direito enquanto tal.

A economia do Brasil é a maior da América Latina e a 14ª do mundo, (medida pelo seu PIB PPC) com um PIB da ordem de R\$ 2.322.000.000.000,00

---

<sup>1</sup> “...só aqueles mais apegados à mais pedestre das interpretações literais não podem perceber que a própria noção de Estado de Direito impõe, como seu consectário natural, a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª Ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. Pág. 858.

<sup>2</sup> Constituição da República, art. 37, § 6º.



(Dois trilhões, trezentos e vinte e dois bilhões de reais) em 2006. Isso significa um PIB per capita de R\$ 12.437,00 (doze mil, quatrocentos e trinta e sete reais) conforme dados do IBGE<sup>3</sup>. Todavia, atualmente, o Brasil é o 10º país mais desigual do planeta, numa lista com 126 países e territórios. Ele só está melhor que Colômbia, Bolívia, Haiti e seis países da África Subsaariana, conforme aponta o relatório de 2006 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>4</sup>. No que se refere ao nosso tema, talvez seja até dispensável comentar a péssima qualidade dos serviços públicos em geral, oferecidos à população, em contrapartida à altíssima carga tributária (37,7% em 2005)<sup>5</sup> suportada pelo contribuinte.

É justamente para reduzir as desigualdades sociais, construir uma sociedade livre, justa e solidária e para promover o bem de todos que existe o Estado brasileiro, conforme o artigo 3º da nossa Constituição. É também para isso que os contribuintes suportam a referida carga tributária. Se a efetivação da Constituição não se dá modo ordinário, com a devida prestação de serviços públicos essenciais, é absolutamente legítimo que o cidadão lesado pelo mau funcionamento do Estado seja, de alguma forma, reparado pelo dano sofrido. Do contrário, para que serviria o Estado? Como assinala RODOLFO BULRICH, citado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, a responsabilização do Estado *“assegurar também o progresso político do país, porque sabendo o eleitor que os erros ou as faltas dos que o governam se traduzirão em encargos que ele próprio há de suportar, será mais cuidadoso na eleição dos seus candidatos e tomará mais zelo do que toma na atualidade nas questões políticas ou administrativas que interessem à marcha da Nação.* Continua BULRICH, ao defender a necessidade de responsabilização do Estado, principalmente dos países em desenvolvimento, que *“... nos países em período de evolução, carentes de disciplina geral e com educação nova e deficiente, havendo necessidade de normas mais severas, que permitam modelar as instituições e assegurar os princípios constitucionais.”*<sup>6</sup>

Tendo em mente o “disciplinamento” do Estado e a justa reparação dos terceiros lesados pela conduta dos agentes públicos é que se propõem a análise do tema “responsabilidade extracontratual do Estado”, principalmente no que tange ao

<sup>3</sup> Dados extraídos do site do ministério das relações exteriores: [www.dc.mre.gov.br](http://www.dc.mre.gov.br).

<sup>4</sup> Dados extraídos do site “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” : [www.pnud.org.br](http://www.pnud.org.br).

<sup>5</sup> Dado extraído do site da Receita Federal: [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br).

<sup>6</sup> DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 557.

caso brasileiro, já que, entre nós, jamais se concebeu um Estado completamente irresponsável, capaz de gerar danos e de não responder por eles<sup>7</sup>.

No que tange à Antecipação de Tutela, é imprescindível que se discuta a quem caberá a responsabilidade pelos danos causados ao autor ou ao réu, nos casos da não concessão ou da concessão injustas, respectivamente. O novel instituto foi concebido justamente com vistas na efetivação do processo e das garantias constitucionais, a fim de que este processo realize seu escopo de instrumento do direito material. Não se pode admitir, entretanto, que pessoas de boa-fé sejam lesionadas em seus direitos, sem que haja alguém efetivamente responsável pelo dano.

Da mesma forma que a doutrina moderna em matéria de Processo Civil vem se preocupando com a efetividade do processo, buscando a adequada e tempestiva tutela jurisdicional, deve-se reconhecer que tal objetivo expõe ainda mais o cidadão às prerrogativas do Estado, aumentando o grau de risco que paira sobre o réu de boa-fé, demandando esforços doutrinários para que se defina quem responderá pelo dano proveniente do citado risco criado.

Com a clara e precisa definição dos responsáveis pelos danos oriundos da Antecipação de Tutela, espera-se que a aceitação de institutos criativos e funcionais, como este em tema, seja crescente. A proteção dos “novos direitos” ou direitos de 3ª geração demanda soluções audaciosas, mas que, sob pena de deixarem de ser “direito”, não podem ser irresponsáveis.

É cabível a responsabilização extracontratual do Estado nos casos em que, ao fim do processo, constata-se a injusta concessão de antecipação de tutela, e desta indevida concessão provierem danos ao réu? Ou ainda, será devida a reparação, por parte do poder público, nos casos em que a parte autora pleiteia tutela antecipatória e esta não é concedida pelo juiz, mas ao final do processo conclui-se que o autor fazia jus à pretensão e teve o seu direito violado, em decorrência da prestação judicial intempestiva? Se cabível tal responsabilização, qual a natureza desta responsabilidade, objetiva ou subjetiva? Estas são as perguntas que espera-se ver devidamente respondidas ao final deste trabalho monográfico.

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª Ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. Pág. 886.

## **2. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO.**

### **2.1. DOS FINS E DAS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Para o estudioso do Direito, em especial, do que convencionou-se didaticamente chamar de direito público, a investigação a respeito do Estado e de seus fins se torna extraordinariamente importante, haja vista que tal análise se constitui em raiz epistemológica fundamental da citada área do direito. No que tange ao direito administrativo, como consectário natural da afirmação explicitada acima, não seria diferente, fazendo-se necessária a devida apreciação da teleologia estatal e a definição de determinados pressupostos teóricos para que se desenvolvam coerentemente as demais análises e conclusões.

Qual a finalidade do Estado? Esta problemática, tão cara, ocupa a mente de pensadores há milênios. Tem como suposto início a antiguidade, conforme PLATÃO e ARISTÓTELES; atravessou a Idade Média, como testemunham os escritos de SANTO TOMÁS DE AQUINO e SANTO AGOSTINHO; tornou-se objeto de estudos da mais alta importância para a constituição do conceito de Estado Moderno, como vislumbramos em MAQUIAVEL e, posteriormente, em HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU E KANT; vindo a se apresentar em indagação científica, já no século XIX, a partir da obra “Teoria Geral do Estado” de GEORG JELLINEK. Ocupou a mente de filósofos, sociólogos e juristas da mais alta estirpe e importância para a Ciência do Direito, como HEGEL, KARL MARX e LEONARD NELSON e, apesar do longo trajeto já percorrido e das valiosas pistas já colhidas, chega à contemporaneidade com o mesmo espírito misterioso e complexo e com a incrível capacidade de intrigar e instigar aqueles que resolvem se dedicar a uma investigação mais aprofundada.

A variedade de enfoques com que se pode analisar a problemática da teleologia estatal, como a filosofia, a sociologia, a antropologia, a história e o direito, além da diversidade de métodos de estudo, ora realista, ora filosófico, ora histórico,

entre tantos métodos de análise, ao mesmo tempo em que distancia os autores do consenso, enriquece sobremaneira o estudo da questão<sup>8</sup>.

Entretanto, uma análise mais aprofundada da finalidade do Estado fugiria radicalmente dos propósitos deste trabalho científico, sendo necessário definir, sem maiores considerações, quais as teorias acerca das finalidades do Estado em que se sustentam as reflexões posteriores a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado. Nesse viés, fundamentam-se nas conclusões de DALLARI<sup>9</sup>, para o qual o fim geral do Estado é a busca do “bem comum”, entendido este, conforme entendimento do Papa João XXIII “*o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana*”.

Note-se que tais condições não são e nem poderão ser absolutas, variando de acordo com os povos, situados em determinados territórios. Em suma, para DALLARI, cada Estado deverá definir quais as condições de vida necessárias, para que seu povo, em dado momento histórico, alcance o pleno desenvolvimento da “dignidade humana”. A conclusão de DALLARI afasta-se de uma finalidade absoluta para todos os Estados, em todos os tempos, e demonstra-se dialética, já que dinâmica e vinculada às características de dado povo em determinado momento histórico.

A partir dos comentários de DALLARI a respeito da finalidade do Estado, pode-se tecer algumas notas a respeito da finalidade do Estado Brasileiro. Parece que, tanto do ponto de vista social, quanto do ponto de vista jurídico, a sociedade brasileira está de pleno acordo com o ilustre jurista. A busca pelo pleno desenvolvimento e a garantia da “dignidade da pessoa humana” tem sido a meta a ser alcançada. Do ponto de vista da Carta Magna de 1988, já em seu preâmbulo, afirmou o legislador que nosso Estado, democrático e de Direito, está *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*. Confere à “Dignidade da Pessoa Humana” o status de Princípio Fundamental da nossa República. E, em seu artigo 3º, IV, afirma expressamente, como objetivo fundamental desta nação, que a República Federativa do Brasil deve *promover o bem de todos, sem preconceitos de*

---

<sup>8</sup> Sobre a problemática, consultar BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 1980.

<sup>9</sup> A respeito da Teleologia estatal, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado, p. 87-92.

*origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* Poderíamos elencar ainda várias outras normas constitucionais que seguem no mesmo sentido, todavia, quer parecer evidente e irrefutável que as considerações de DALLARI demonstram-se verdadeiras, quando confrontadas com as finalidades do Estado Brasileiro, constitucionalmente eleitas, pelo nosso legislador constituinte de 1988.

Em síntese, tendo em vista a orientação doutrinária e os valores supremos expressos em nossa constituição, adota-se como pressuposto fundamental deste trabalho científico a concepção de que é fim essencial do Estado Democrático de Direito garantir plenamente à dignidade da pessoa humana, através de condições adequadas para o pleno desenvolvimento de todos os sujeitos da sociedade, considerados em suas especificidades.

Buscando efetivar os objetivos a si mesmo propostos, o Estado brasileiro consagrou, já em seu art. 2º, o princípio da Tripartição dos Poderes, in verbis: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. É justamente pela separação das funções públicas que se busca controlar o poder uno e indivisível do Estado, a fim de assegurar aos cidadãos o exercício de seus direitos, protegendo-o da tirania.

Primeiramente, é importante observar que a teoria da tripartição dos poderes do Estado não enseja uma divisão substancial do poder. Em outras palavras, a soberania estatal é una e indivisível. O que se divide são as funções que este Estado deve desempenhar na busca do pleno desenvolvimento da dignidade humana. Quando um juiz profere uma decisão, não se vale de parcela do poder estatal, mas sim, todo o poder estatal é conferido ao magistrado para dirimir conflitos de determinada natureza. Num paralelo jocoso, quando proferimos um elogio ou uma ofensa a alguém, não dizemos que tal foi proferida pelos nossos órgãos da fala, senão por nós mesmos, como um todo. Assim é o Estado. Quando constrói uma escola, quando julga um recurso extraordinário ou quando promulga uma determinada lei (ou seja, produz atos em função executiva, jurisdicional e legislativa, respectivamente) quem age é o Estado, exercendo suas prerrogativas. Manifesta-se, de maneira geral, através de três espécies de atos: atos executivos, atos legislativos e atos judiciais. Pela sua própria complexidade, a distribuição de funções a órgãos específicos torna-se indispensável para que se cumpram a contento as funções a ele

confiadas. Não se quer dizer, com isso, que o poder do Estado, enquanto poder soberano, está dividido<sup>10</sup>.

A tripartição das funções estatais, além do caráter estritamente funcional, cumpre outra importante missão na busca da efetivação das liberdades individuais. Uma vez divididas as funções do Estado, em três esferas predominantes, confere-se, para estas, autonomia suficiente para se auto gerirem, desde que em harmonia com as demais, de forma a controlarem-se mutuamente. Tal técnica, chamada de teoria “dos freios e contrapesos” pelos constitucionalistas norte-americanos, garante que o poder de elaborar as normas, executá-las e resolver as controvérsias não se concentrem na mão de uma só pessoa ou grupo, o que caracterizaria essencialmente a tirania e a opressão.

Tal divisão mostrou-se a tal ponto fundamental para a defesa do cidadão frente ao Estado que os revolucionários de 1789, em França, chegaram a proclamar, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1793, o seguinte: *“Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”*. Desde Platão (Dialogo das Leis), e Aristóteles (Política, IV, 8) já se sustentava que não se deve concentrar poder em demasia na mão de um ou de poucos, sem freios ou paliativos. Montesquieu, o qual teve o mérito de sistematizar as teorizações anteriores e formular, em termos científicos, proferiu a máxima de que *“é indispensável, pela disposição das coisas, que o poder limite o poder, para que haja liberdade”*. Não restam dúvidas de que a tripartição das funções do Estado tem por escopo proteger o cidadão da opressão, garantindo-lhe o livre exercício dos direitos e garantias a ele conferidos<sup>11</sup>.

Tendo em vista, como exposto, que o poder do Estado é uno e indivisível e que a tripartição do poder, este controle do poder pelo próprio poder, tem como escopo proteger o cidadão da tirania, não se pode conceber que a separação das funções do Estado em Executiva, Legislativa e Judiciária sirva de argumento para

---

<sup>10</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade por atos judiciais, p. 131, citando Clèmerson Merlin Clève: *“O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza, já que não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto que possa ser tomado, destruído ou modificado”*.

<sup>11</sup> A respeito da Separação dos poderes do Estado veja-se: ACCIOLLI, Wilson. Teoria geral do Estado. p. 262, citando Alexandre Passerin D'entreves; MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado, p. 211. CALMON, Pedro. Curso de Teoria Geral do Estado, p. 231.

afastar os direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado, como adiante veremos.

Inicialmente, cabe aqui alguma consideração acerca da denominação que mereceria o instituto em análise. Sem dúvidas, a expressão “responsabilidade civil do Estado” é a denominação mais aceita no direito brasileiro<sup>12</sup>. Todavia, pelas particularidades históricas do instituto em estudo, as quais analisaremos adiante, faz-se mister afastar quaisquer influências civilistas do campo de estudo da responsabilidade do Estado<sup>13</sup>. Há quem defenda a expressão “responsabilidade patrimonial extracontratual por comportamentos administrativos”<sup>14</sup>, expressão que limita o espectro do instituto à esfera administrativa do Estado. Defende-se também o uso da expressão “responsabilidade do Estado por atos de seus agentes”<sup>15</sup>, que embora afaste o estudo do instituto dos aspectos civilistas e amplie o âmbito de aplicação às demais funções estatais além da administrativa, deixa de precisar o espectro de aplicação, no que tange à responsabilidade contratual ou extracontratual, as quais se mostram regidas por princípios e regras distintas. Pelos motivos expostos, adota-se neste trabalho a expressão “responsabilidade extracontratual do Estado” já que: a) afasta-se dos resquícios da doutrina civil de responsabilidade; b) abrange todas as esferas de atuação estatal, quais sejam a Executiva, Legislativa e Judiciária; c) delimita o estudo do instituto à responsabilidade extracontratual do Estado<sup>16</sup>.

Contemporaneamente, ao iniciarmos uma investigação a propósito da responsabilidade extracontratual do Estado, qual seja, aquela que trata apenas dos danos não provenientes de contratos administrativos, nos deparamos com diversas definições do citado instituto, cada qual se diferenciando das demais por algum traço

---

<sup>12</sup> Adotam a mesma expressão: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. Rev. IP n.º. 06, p. 12-13; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. p. 657-658; DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, p. 555; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p.07, citando ainda Yussef Said Chali e Jorge Mosset Iturraspe; MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, p. 433.

<sup>13</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade do Estado por Atos de seus agentes, p. 12-13, citando Elcio Trujillo: “A utilização do termo ‘civil’ surge inadequado por induzir sempre à idéia de uma relação jurídica regida pelo Direito Privado, ensejando a busca de princípios privatísticos para fundamentar a matéria.”.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 957.

<sup>15</sup> Utilizam esta expressão: CARVALHO NETO, I. Op. Cit.. Também THOMPSON FLORES LENZ, Carlo Eduardo. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, citando José de Aguiar Dias.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. p. 617: “Responsabilidade Extracontratual do Estado”.

específico, mas denotando, principalmente, o caráter objetivo da responsabilidade do Estado<sup>17</sup>. Entende-se que, como corolário essencial da natureza do Estado democrático de direito<sup>18</sup>, decorre o dever, por parte deste, de reparar ou indenizar os danos causados a quem quer que seja, provenientes da conduta danosa de seus agentes, independentemente de dolo ou culpa.

Nem sempre foi assim, contudo. A responsabilização do Estado é fenômeno recente, e se confunde mesmo com a própria evolução das idéias de Estado democrático e de direito; regime jurídico administrativo<sup>19</sup>; e com a valorização da dignidade da pessoa humana enquanto objetivo estatal.

Para que compreendamos, de maneira crítica, o instituto da responsabilidade do Estado considerado hodiernamente, não se pode deixar de analisar, do ponto de vista histórico, o trajeto percorrido e as teorias suscitadas até que se lográsse o êxito doutrinário e legislativo de gozar das concepções de responsabilidade acima descritas. Não se quer dizer, com isso, que as teorias foram se sobrepondo umas as outras, de forma linear e estanque. De certo modo, muitas delas coexistem no direito ocidental, uma vez que regimes diferentes de responsabilização estão presentes nas legislações dos diversos países. Para tanto, adota-se o método de exposição que divide as teorias da responsabilidade do Estado em três, qual sejam: a teoria da irresponsabilidade; as teorias subjetivas e as teorias objetivas. Não se adota o critério de classificação que identifica as teorias subjetivas às correntes civilistas e as teorias objetivas às correntes publicistas pois, como veremos, há teoria que, apesar de publicista, guarda caráter subjetivo. Passe-se, doravante, à análise das espécies de responsabilidade estatal, tendo por base a análise dos fundamentos que as sustentaram nos dados momentos históricos.

---

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 957. “*entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos*”; BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit., p. 12: “*a responsabilidade patrimonial do Estado decorre de atos seus, comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, os quais redundam em lesão à esfera jurídico-patrimonial do cidadão, configurando, pelo nexo lógico entre tais elementos, a necessidade de reparação, sem quaisquer perquirições subjetivas*”; DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, vol. II, p. 559. “*como afirma Paul Duez, com quem nosso acordo é completo, o poder público pode, às vezes, ser declarado responsável independentemente de culpa do serviço público*”.

<sup>18</sup> Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, ibidem, p. 963-964.

<sup>19</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p. 15-17.



## 2.2. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE.

Irresponsabilidade jurídica é a prerrogativa pela qual uma pessoa, física ou jurídica, poderá gerar dano a outrem, sem que se lhe incumba o dever de reparar<sup>20</sup>. Seria esta, exatamente, a situação jurídica do Estado para os que defendem a teoria da Irresponsabilidade.

“*The King can do no wrong*”(o rei não erra); “*Quod principi placuit abet legis vigorem*”(o que agradou o príncipe tem força de lei); ou ainda, conforme Laferrière: “O próprio da soberania e impor-se sem compensação”<sup>21</sup>; são as máximas fundamentais da teoria da irresponsabilidade civil do Estado. Vêm fundamentadas em uma série de argumentos, típicos do momento histórico em que foram proferidas.

Ao que se tem notícia, a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados aos seus cidadãos tem raízes longínquas. O soberano, desde a Antiguidade, como em Esparta e Atenas, gozava de caráter divino. Responderia, apenas, perante as divindades pelos danos injustos que supostamente causasse. Tal mentalidade perdura por milhares de anos e ingressa, inclusive, na Idade Moderna. Nos Estados absolutos toda sorte de argumentos surge para a manutenção de tal *status quo*. Vejamos os principais<sup>22</sup>:

a) O Estado é pessoa moral. É uma ficção jurídica e não pratica atos. Tem caráter ético e jurídico e, enquanto tal, não poderia cometer nenhuma sorte de ato ilícito. Não lhe cabe, portanto, o dever de indenizar;

b) Aos representantes do Estado só está permitido atuar dentro da estrita legalidade. Atos ilícitos, portanto, só podem ser cometidos pelos funcionários públicos se considerados em sua esfera privada;

c) O Estado, enquanto criador e expressão máxima do direito, não poderá, logicamente, cometer ato contrário ao Direito;

d) Os funcionários públicos não são órgãos imediatos do Estado. São meros servidores do Estado e seus atos só se considerarão atos do Estado caso respeitada a legalidade;

---

<sup>20</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, vol. VIII. p. 40.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, C.A. Op. Cit., p. 965.

<sup>22</sup> Ver DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 557; CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 40-42.

e) O júri será mais benevolente com o administrado, caso a ação seja diretamente dirigida contra o Estado. Isso ameaçaria o interesse público em grande escala;

f) Aumentando-se a responsabilidade pessoal do funcionário, este será muito mais prudente e diligente no exercício de suas funções;

g) A autoridade suprema do Estado somente é exercida em benefício do cidadão. Não caberá a este, portanto, pleitear contra aquele qualquer reparação.

Toda essa gama de argumentos pró-irresponsabilidade estatal não se sustentou frente à evolução e afirmação do conceito de Estado de Direito. Em confronto aos argumentos dos que defendiam tal teoria, proferiram-se os seguintes:

a) *“A responsabilidade pessoal dos funcionários será sempre ilusória e então, é necessário que a coletividade suporte e indenize os danos cometidos por seus governantes. Assim se assegurará também o progresso político do país, porque sabendo o eleitor que os erros ou as faltas dos que o governam se traduzirão em encargos que ele próprio há de suportar, será mais cuidadoso na eleição dos seus candidatos e tomará mais zelo do que toma na atualidade nas questões políticas ou administrativas que interessem à marcha da nação”* <sup>23</sup>;

b) A teoria da ficção legal, superada em nossos dias, não justifica a irresponsabilidade do Estado, cuja vontade se pressupõe;

c) O princípio geral da culpa *in eligendo* e *in vigilando* aplica-se ao Estado, pessoa dotada de capacidade;

d) O Estado, como ente dotado de personalidade, é sujeito de direitos e obrigações<sup>24</sup>.

Não bastasse a argumentação acima, que parece irrefutável, conta-se ainda com as lições de BANDEIRA DE MELLO, para o qual a responsabilidade é uma consequência lógica do conceito do Estado de Direito e da consequente submissão deste Estado à legalidade, à igualdade e à justiça. Mesmo que não haja previsão legislativa específica impondo a responsabilização estatal, para o ilustre doutrinador, caso se adote o caráter de Estado de Direito, não se pode refutar a idéia de que este Estado será sujeito de direitos e obrigações e estará, igualmente ao cidadão, sujeito ao princípio da legalidade. Deverá, portanto, reparar os danos que gerar, já que não

<sup>23</sup> DIAS, J. de A. Idem, p. 557, citando Rodolf Bulrich, La responsabilidad Del Estado, p. 7.

<sup>24</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 43, citando MENEGALE, Guimarães. Direito Administrativo, p. 502; DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 558, deixa claro que os argumentos de refutação da irresponsabilidade do Estado são professados por Amaro Cavalcânti.

é lícito que as lesões causadas em benefício de toda a coletividade sejam isoladamente suportadas pelo lesado. Além disso, ver-se-á adiante o cabimento da responsabilização também nos casos de comportamentos lícitos do Estado. Nesses casos, afastada a culpa ou dolo do agente público e, considerando-se o Estado irresponsável pelos danos que causar, ter-se-ia que admitir que apenas um administrado, considerado individualmente, suportasse todos os ônus de ações propostas em benefício da coletividade.

Por fim, cabe salientar que, conforme a maioria absoluta da doutrina contemporânea<sup>25</sup>, a idéia de Estado absolutamente irresponsável está fadada à extinção. As vozes que ainda hodiernamente defendem a tese da irresponsabilidade, data máxima vênia, sustentam-se ainda em argumentos já refutados desde o século XVIII, buscando desconstruir a Teoria da Responsabilidade Objetiva, que hoje prevalece, tendo no falacioso argumento do “impacto econômico” seu grito de misericórdia<sup>26</sup>. É inadmissível, no entanto, que quanto maiores forem os danos e, conseqüentemente, o montante das indenizações, mais se considere que o Estado ineficiente seja irresponsável, justamente pela dificuldade de reparação. Isso seria

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver: DIAS, J. de A. Idem, p. 558. CRETELLA JUNIOR, J. Idem; BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit..

<sup>26</sup> Em defesa da Irresponsabilidade do Estado e da Responsabilidade do Funcionário Público ver: ARANA, Jaime Rodríguez. Novas Orientações Doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. Rev. IP nº. 29. p.145-146. *“Desde outro ponto de vista, pode-se dizer que também a questão da responsabilidade patrimonial da Administração Pública, a responsabilidade objetiva da Administração Pública, tal e como está configurada em nosso Direito, desde há largas décadas, é uma questão de palpitante e extrema atualidade, na medida em que se todas as hipóteses de danos ocasionados pelo funcionamento dos serviços públicos suscitam reclamações e demandas de responsabilidade patrimonial em face da Administração Pública, o conteúdo material desse conjunto de reclamações de acordo com o registro do Conselho de Estado de 2002 se eleva a 30.000.000 milhões de pesetas e as quantidades que são estimadas ou as demandas que prosperam se encontram em torno de 10% do montante total reclamado. É dizer, trata-se de uma questão de grande transcendência, da qual se ventitam interesses econômicos vultosos que nós, os juristas, temos que analisar e estudar, com detença, porque manter, contra o vento e a maré, como dogma estático o princípio objetivo da responsabilidade da Administração Pública, tal como estabelecido em nosso Direito, tal e como foi configurado na Lei de Expropriação Forçosa da década de 50, sem variações, entram problemas de entendimento com o tempo em que vivemos. Parece-me que o Estado Social e Democrático de Direito não se compadece com esta superblindagem que possuem os funcionários frente aos cidadãos, como conseqüência do princípio da responsabilidade objetiva e universal da Administração Pública. Por outra parte, julgo desproporcional o regime vigente porque certamente temos que ser cada vez mais conscientes de que as atuações da Administração Pública são atuações que realizam, ou realizamos, os funcionários. Que eu saiba, quando se produz um dano ou se lesiona um direito ou um bem de um cidadão pela Administração Pública, é sempre conseqüência de que alguém, alguma pessoa, ou algumas pessoas revestidas de poder público, com sua atuação ou omissão, provocam essa situação. Portanto, já que estamos em um momento em que, sob vários pontos de vista, a reflexão sobre a liberdade e a responsabilidade pessoal parecem que não estão demasiadamente em voga, é pertinente afirmar que a liberdade e a responsabilidade são duas faces da mesma moeda, inclusive como diziam os clássicos: “Máxima Liberdade”, por certo, mas também “máxima responsabilidade”.*

admitir o absurdo de que alguém deve deixar de ser responsável à medida que o dano que tenha gerado seja mais grave e mais freqüente<sup>27</sup>. No que tange ao direito contemporâneo dos países do Ocidente, os dois últimos celeiros em que permanecia intacta a irresponsabilidade estatal, tiveram modificadas suas legislações para assumir a responsabilização. Sob fortes influências doutrinárias<sup>28</sup>, em defesa da responsabilidade civil do Estado, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra a teoria da irresponsabilidade do Estado foi abandonada e substituída pelo Federal Tort Claims Act, de 1946 e pela Crown Proceeding, respectivamente<sup>29</sup>.

### 2.3. TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

As teorias civilistas da responsabilidade extracontratual do Estado são aquelas que sustentam o dever estatal de reparar sempre que se verificasse culpa ou dolo do ente causador do dano. Primeiramente, era imprescindível a verificação de ato ilícito ou de conduta contrária ao direito, atribuída a um servidor individualmente considerado, que gerasse dano a terceiro. Posteriormente, admitiu-se a responsabilização pelos danos causados pelo serviço público, genericamente considerado, desde que estivesse presente o caráter censurável da conduta.

---

<sup>27</sup> Para refutar os argumentos de cunho economicista, veja-se DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 579: *"Tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado de ser ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenização"*. Adiante (p. 580), citando JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO: *"... a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos efeitos, seria de uma enorme conveniência, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados públicos e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a autoridade pública. A inteira responsabilidade do Estado é ... de um valor e de uma importância prática de primeiro plano, sendo talvez a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos próspero de alguns países..."*. Finalmente (p. 581), baseado em PEDRO LESSA, afirma que: *"... a consagração da responsabilidade do Estado em termos amplos viesse fazer avultar descompassadamente uma fonte de encargos já bem onerosa, observando que, a suceder tal coisa, o fato só revelaria o mau funcionamento do serviço público e a desordem da administração"*.

<sup>28</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 558, citando R. D. Watkins. The State as a party litigant, 1927: *"D. R. Watkins, de sua parte, oferece estudo completo sobre o sistema anglo-americano, minuciando os casos de ações do Estado e contra o Estado, contra os funcionários e de responsabilidade do Estado perante os Tribunais estrangeiros. Classifica francamente de retrógrado o sistema anglo-americano e acentua o fato de que o cidadão francês é muito mais bem protegido contra o Estado"*.

<sup>29</sup> DIAS, J. de A. Idem, p. 556. MEIRELLES, H. L. Op. Cit., p. 531.

Tais teorias representaram significativo avanço, já que pela primeira vez afastou-se a irresponsabilidade absoluta do Estado, admitindo-se, primeiramente, a reparação em determinados casos.

### **2.3.1. Teoria da responsabilidade pelos “atos de gestão”.**

A primeira teoria<sup>30</sup> a negar a irresponsabilidade do Estado, ainda que parcialmente, foi aquela que buscou diferenciar os “atos de gestão” dos “atos de império”. Estes seriam os atos próprios da soberania, reservados àqueles que detinham poder de mando e de governo, praticados pelo Estado no exercício do seu poder de polícia. Aqueles seriam os atos de administração, próprios das relações civis, através dos quais o Estado geriria o patrimônio público<sup>31</sup>. Assim, caberia ao Estado o dever de reparar apenas os danos provenientes de atos que conjugassem duas características: primeiramente, deveriam ser atos definidos como de gestão e, por fim, deveriam apresentar os caracteres dolo ou culpa, por parte do funcionário público.

Tal divisão dos atos do Estado logrou, em França, a separação das instâncias judiciárias e administrativas, dando origem ao que se denomina “Contentioso Administrativo Francês”. Além disso, reconheceu-se que o Estado estaria responsável pelos seus atos de gestão, ao invés de absolutamente irresponsável. Os atos como contratos, empréstimos, aquisição, alienação e troca, por exemplo, quando ensejadores de dano, imputariam ao Estado o dever de repará-lo<sup>32</sup>.

Entretanto, apesar de representar grande evolução em relação à teoria da irresponsabilidade, a responsabilização pelos atos de gestão demonstrou-se de difícil aplicabilidade e incapaz de alcançar o êxito da efetivação da justiça nas relações entre o Estado e o cidadão. A diferenciação entre atos de gestão e atos de império apresentava-se de forma extremamente confusa, obrigando, inclusive, a elaboração, por parte do legislador, de lista exemplificativa, com base nos casos

---

<sup>30</sup> No mesmo sentido MEDAUAR, O. Op. Cit., p. 434. Em sentido diverso, atribuindo o pioneirismo da Responsabilidade do Estado à Teoria da Culpa: BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 30.

<sup>31</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p.47.

<sup>32</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Idem, p. 47.

concretos, demonstrando quais atos seriam considerados como de gestão ou como de império<sup>33</sup>.

Por fim, no que tange a esta fase da evolução do conceito de responsabilidade extracontratual do Estado, não encontramos, na doutrina, uma análise jurisprudencial demonstrando a adoção desta teoria nos tribunais, o que reflete a vida curta desta tese no meio jurídico. Este fato é de fácil compreensão, quando se atenta para os argumentos que rechaçavam a citada teoria:

a) A quem sofre o dano, proveniente da conduta estatal, é indiferente se o ato será tido como de império ou de gestão. O que lhe importa é, com toda certeza, não ser lesado por outrem sem que possa obter a devida reparação. Nada legitima o Estado a causar danos aos seus cidadãos, independentemente de se cogitar se tal dano se deu por meio de um ato de império ou de gestão<sup>34</sup>;

b) Ao cidadão lesado interessa ser reparado de seu prejuízo e que este proveio de ato do poder público, sendo este responsável pela restituição ao status quo ante, ressalvado o direito de regresso, por parte do Estado, contra o funcionário público causador do dano<sup>35</sup>.

Das críticas à *teoria dos atos de gestão*, surge nova teoria, menos focada na espécie de ato produzido pelo Estado e mais atenta ao elemento culpa, a qual analisa-se adiante.

### 2.3.2. A teoria da culpa civil.

É importante assinalar que a evolução do conceito de responsabilidade extracontratual do Estado se confunde justamente com o crescimento e a

<sup>33</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 47.

<sup>34</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 562, conforme RENARD, Georges. Il concetto istituzionale del regime amministrativo francese. Rivista di Diritto Pubblico. p. 418 – “O conceito de funcionário deriva da função pública, que é qualquer atividade destinada à satisfação de uma necessidade pública. Assim, funcionários públicos são todos aqueles que diretamente concorrem como agentes do Estado para aquele fim, não havendo como distinguir se as suas funções são de império ou de gestão, preparatórias ou dispositivas, ou, ainda, meramente de execução”.

<sup>35</sup> DIAS, J. de A. Idem., 559, citando CARVALHO SANTOS: “Sem nenhuma utilidade é, aqui, a distinção entre atos de império e atos de gestão. Com a costumeira sabedoria, ensina Clóvis que estabelecer esse critério é ignorar que o fundamento da responsabilidade é a forma jurídica que determina a reparação de toda e qualquer lesão de direito. Se o Estado tem por função principal realizar o direito, não pode irrogar-se o privilégio de contrariá-la, no seu interesse”.

intensidade da atuação estatal no seio social. Isso porque, logicamente, quanto mais os agentes do Estado agiam, no exercício das funções estatais, mais danos e riscos de danos efetivamente surgiram, provenientes da atividade administrativa do Estado. O reclamo pela reparabilidade passou a ser uma necessidade para a manutenção da ordem e da paz social.

Nessa perspectiva, qual seja a de encontrar fundamentos jurídicos doutrinários para justificar a responsabilidade extracontratual do Estado, desenvolve-se a teoria da culpa. Para esta corrente doutrinária, o fundamento racional e moral da responsabilidade do Estado estaria na culpa e/ou no dolo da conduta do agente. Toda vez que um funcionário praticasse ato ilícito ou contrário ao direito e se comprovasse o dolo ou a culpa do agente, estaria o Estado obrigado a reparar.

Da mesma forma em que se procedia nas relações civis, assim se deveria proceder nas relações entre Estado e cidadão. Mas como conceituar a “culpa”? Este termo, de significado extremamente fluido, passou a ser a problemática mais importante quando a discussão era a responsabilidade civil do Estado. Mas culpa de quem? Da administração? Sim, era a transposição da teoria da representação, do campo civilístico, para o campo da responsabilidade do Estado. Este, assim como o patrão privado, responderia sempre, uma vez que culpado pela escolha do funcionário (culpa *in eligendo*) que executou o serviço ou pela sua negligência (culpa *in vigilando*) quanto à execução do serviço. A fase civilista é, portanto, marcada pela caracterização da culpa da Administração, justificando-se a responsabilidade civil do Estado através da teoria da representação.

A teoria da culpa, enquanto tentativa de transposição das teorias civilistas para o campo publicístico, não poderia, verdadeiramente, por muito perdurar. Apesar de representar avanço em relação à teoria dos atos de gestão, tal teoria não realiza, efetivamente, o ideal de justiça buscado, especificamente no que se refere às relações entre Estado e cidadão<sup>36</sup>. Os argumentos para a refutação da teoria não tardaram a aparecer. Ainda nesta fase imperou o entendimento de que o Estado, enquanto pessoa moral, não estava suscetível a agir com culpa, conduta somente possível para as pessoas naturais. Mesmo quando defendida a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, o que justificaria a culpa do ente moral, justificou-se que, diferentemente do patrão privado, a administração efetua a escolha de seus servidores através de

---

<sup>36</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 54, citando MÁRIO MASAGÃO. Curso de Direito administrativo, 1968.

processo estritamente legal, sendo indiferente à escolha e, portanto, não poderia agir com culpa *in eligendo*. Assim ocorre em relação à vigilância e prevenção de transgressões, também estritamente reguladas pelo direito, não se permitindo falar em culpa *in vigilando*<sup>37</sup>. É apenas pelo fato de um dos seus servidores agir com culpa que o Estado deve reparar o lesado, uma vez que quem quer agir e age é o próprio Estado, na pessoa de seu funcionário.

Na maioria dos casos o funcionamento inadequado do serviço público não poderá ser atribuído à culpa de sujeitos determinados, podendo decorrer de toda a estrutura do serviço. Nestes casos, apesar de ter sofrido o dano, o cidadão estaria impossibilitado de repará-lo<sup>38</sup>. Além disso, a necessidade, por parte do cidadão lesado, de comprovar a existência de dolo ou culpa do agente público, inviabilizaria a tentativa de qualquer reparação. A dificuldade ou quase impossibilidade, para o cidadão, de se produzir provas nesses casos para demonstrar a culpa ou dolo do agente, manteria o Estado praticamente irresponsável, em relação à maioria dos danos por si causados.

Tendo em vista a necessidade de ampliação da responsabilidade estatal e em resposta às inconsistências da teoria da culpa civil é que se desenvolve a teoria da culpa administrativa, a qual estuda-se detidamente a seguir.

### **2.3.3. Teoria da culpa administrativa.**

É justamente na transição das teorias civilistas para as teorias publicistas, que reside, talvez, a maior controvérsia entre os doutrinadores afetos à responsabilidade do Estado. Mostra-se importante, portanto, demonstrar esta divergência e seus efeitos. Primeiramente, entretanto, procurar-se-á destacar os traços marcantes do *leading-case* que marca esta evolução: o famoso caso “Blanco”.

O caso “Blanco” marca a passagem da responsabilidade civil do Estado para o campo publicístico. Em poucas linhas, trata-se de um pai que pleiteia indenização, perante os tribunais judiciais, por ter perdido sua filha, a menina Agnes Blanco,

---

<sup>37</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 52-53, citando LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 1963. Além de RIVERO, *Droit Administratif*, 1965.

<sup>38</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 564.



que ao cruzar a linha férrea que cortava a cidade de Bourdeaux, foi atingida pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, em 1873. Suscitado o conflito de competências entre os tribunais judiciais e administrativos, o Tribunal de Conflitos decide que tal controvérsia deveria ser apreciada pelo Tribunal Administrativo. Exorbita de suas funções, ainda, o Tribunal de Conflitos, ao estabelecer que os casos de responsabilização do Estado deveriam ser decididos não com base nos preceitos do Código Civil, mas sim com base nas disposições especiais do Direito Público<sup>39</sup>.

A partir do “Caso Blanco”, desenvolveu-se a jurisprudência do Tribunal de Conflitos, no sentido de ampliar os casos de responsabilização do Estado. Entendeu aquele tribunal, em casos posteriores<sup>40</sup>, que independentemente da apuração de culpa ou dolo do agente público, deverá o Estado responder porque, considerado em seu conjunto, o serviço público cometeu uma falha. Vem a lume a tão aclamada “faute du service”.

O caso “Blanco” é o estopim para o desenvolvimento das teorias baseadas na chamada “Faute du Service”. Segundo esta idéia, sempre que o serviço público, impessoalmente considerado, não agisse quando estivesse obrigado, agisse mal ou agisse intempestivamente<sup>41</sup>, caberia a responsabilização civil do Estado. Note-se que, para esta teoria é irrelevante o fato de haver ou não haver dolo ou culpa do funcionário público individualmente considerado. Tampouco há importância à possibilidade ou não de individualização do dolo ou da culpa. Basta, para que se

<sup>39</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 22-28.

<sup>40</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Idem, p. 58-60, citando VEDEL, Droit administratif, 1964, p. 245-246, comentando jurisprudência do tribunal de conflitos, o chamado “caso Anguet”. *“Um senhor - o senhor Anguet – encontrava-se numa agência dos Correios, na França, quando fecharam as portas, minutos antes da hora regulamentar. Impedido de sair pela porta da frente, dirigiu-se para outra saída, como lhe indicaram, tendo de atravessar pelo interior do prédio. Percebendo-o em dependência do edifício, dois carteiros com ele discutiram, expulsando-o de modo tão brutal e desastroso, que o indivíduo caiu fraturando a perna. A vítima ingressa com ação contra o Estado, que contesta, alegando que o ato violento dos agentes do serviço público configurava falta pessoal, que deveria ser discutida diante dos tribunais judiciais e não perante a jurisdição administrativa.*

*O Conselho de Estado admitindo, embora, a existência da culpa pessoal, lembrou que o serviço funcionara mal pelo fato de que se fechara a repartição antes da hora regulamentar e que, portanto, o dano resultara da acumulação de duas culpas – a pessoal e a do serviço. Como consequência, foi o Estado condenado a reparar a integridade do prejuízo sofrido pelo senhor Anguet, firmando assim, implicitamente, ao mesmo tempo, a uma culpa pessoal a uma culpa do serviço, tem direito ao ressarcimento.*

<sup>41</sup> Sobre a configuração da “faute du service” veja-se: CRETELLA JUNIOR, J. Idem, ibidem, p. 61; DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 566-567. MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 532, citando DUEZ, Paul. La Responsabilité de la Puissance Publique, 1927, §. 15 e ss.

enseje a responsabilidade de reparação do dano, por parte do Estado, que tenha se configurado a “faute du service”.

É justamente em relação à expressão “faute du service” e a sua respectiva tradução, que se deflagra a divergência doutrinária que a pouco nos referimos. Baseadas na “faute du service”, duas teorias se seguem, contrapostas entre si, a primeira afirmando o caráter subjetivo da “faute”, enquanto a outra postularia seu caráter objetivo.

Para os que traduzem a referida expressão para “culpa do serviço”, trata-se de teoria subjetiva, já que baseada na culpa, sendo esta considerada em sentido amplo. Trata-se do que alguns autores denominaram de “o conceito publicístico de culpa”. Para os defensores desta tese, portanto, para ensejar a responsabilização do ente público, verificada a “culpa do serviço”, precisaria ser comprovado a “culpa do serviço”, genericamente considerado, nos casos em que não fosse possível individualizar a culpa ou o dolo do agente público<sup>42</sup>.

A segunda corrente<sup>43</sup> entendeu que se deva traduzir a expressão “faute du service” exatamente como “falta do serviço”. Apesar de aparentar-se fugaz, para esta corrente tal diferença mostra-se fundamental, na medida em que, considerada como falta, evidencia-se o caráter objetivo da responsabilidade, independente de culpa. Em outros termos, admitir-se a “falta do serviço” significa abandonar a idéia de culpa (subjetiva), e passar ao entendimento de que, configurada a falha do serviço público (não agiu, agiu mal ou agiu tardiamente), deverá o Estado responder objetivamente perante o cidadão lesado, bastando para isso a demonstração do dano e a relação causal entre este e a conduta do Estado.

A divergência poderá ser esclarecida se se diferenciar, com critério, o que caracterizaria a responsabilidade subjetiva em relação à responsabilidade objetiva. Para que se caracterizasse, como visto, a responsabilidade subjetiva, três elementos principais deveriam apresentar-se, a saber: a) que houve um dano; b) que há uma correlação lógica entre este dano e uma determinada conduta do agente estatal; c) que esta conduta fosse, de alguma forma, censurável, caracterizando dolo ou culpa. Para caracterizar-se, como se verá, a responsabilização objetiva do Estado, o terceiro elemento, (c), deixa de ser necessário, bastando para ensejar a responsabilidade civil do Estado os elementos (a) e (b). É absolutamente

---

<sup>42</sup> Nesse sentido: CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 56 a 60.

<sup>43</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit., p. 32- 33.

dispensável, para a caracterização da responsabilidade objetiva, que a conduta estatal seja censurável, podendo, por vezes, merecer imensa admiração. Mas se por “acidente” se gere danos a alguns cidadãos, estes farão jus ao ressarcimento.

Desta sorte, entende-se, nesse particular, data máxima vênia à doutrina em sentido oposto, que a “faute du service” caracteriza-se como modalidade de responsabilidade subjetiva<sup>44</sup>. Entende-se que, para a caracterização da “faute du service”, independentemente da tradução que se venha a adotar, se faz necessário que o serviço tenha funcionado mal, não tenha funcionado ou tenha funcionado intempestivamente. Ora, é esse, exatamente, o caráter censurável que se torna necessário para a configuração da “faute du service”. Dito de outra forma, a necessidade de se comprovar o mal, o tardio ou o não funcionamento do Estado em sua perfeita ordem é extremamente similar à situação anterior (responsabilidade por culpa do agente), uma vez que necessária a comprovação da negligência, ou imprudência ou imperícia, mesmo que em relação ao serviço impessoalmente considerado<sup>45</sup>.

Conclui-se, portanto, que em relação à objetividade ou subjetividade da “faute du service”, independentemente da tradução que se venha a adotar, se culpa ou falta, a realidade material não se altera. De fato, a doutrina é unânime em reconhecer que, para que se configure a “faute du service” é necessário que o serviço público, genericamente considerado, seja censurável, como serviços “não”, “mal” ou “tardamente” prestados. A censurabilidade, neste caso, é imprescindível, uma vez que não se responsabilizaria o Estado caso este prove sua diligência e tempestividade, mesmo que configurado o dano. Ora, data máxima vênia, não há como encontrar fundamentos de objetividade, uma vez que o Estado, sempre que demonstre que agiu bem e em tempo razoável, mesmo que configurado catastrófico dano a um indivíduo isoladamente considerado, não seria responsabilizado<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 564, citando DUEZ: 3º) *É preciso, entretanto, notar que o que dá lugar à responsabilidade é a falta, não o fato do serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à teoria do risco.* 4º) *Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias.*

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit., p. 967 e 968.

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 967 – *“É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual a for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.”*

Entretanto, deve-se salientar que não se esta a admitir, contemporaneamente, frente à legislação e à doutrina que tenham consagrado a responsabilidade objetiva, que se tenha a necessidade de demonstração da “faute du service”, mesmo quando este for o caso. Hodiernamente, como veremos, já se enseja a responsabilidade estatal pelo simples “fato” do Estado, independente de sua natureza ou censurabilidade, ressalvadas as excludentes e/ou atenuantes de cada caso concreto, como veremos.

A superação das teorias subjetivas, mesmo em sua mais elaborada concepção, qual seja a da culpa administrativa, deu-se pela incapacidade desta de abarcar a responsabilização do Estado frente aos danos injustamente suportados por um ou poucos cidadãos, toda vez que este não conseguisse demonstrar a censurabilidade da conduta estatal. Mesmo quando presumida a culpa ou a falta do serviço, era admitida a prova em contrário que, quando produzida, acabava por imputar a apenas um ou a poucos os danos gerados na busca pelo bem de todos. Foi com fundamento na “justa distribuição dos encargos sociais” que, finalmente, abandona-se o subjetivismo da responsabilidade civil do Estado, para se deflagrarem as teorias da responsabilização objetiva<sup>47</sup>.

#### 2.4. TEORIAS DO RISCO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Uma vez aceito que a teoria da culpa administrativa, entendida esta como a que admite a responsabilização do Estado pela “faute du service” e enquadrada como teoria de cunho subjetivo, resta-nos concluir que as teorias objetivas da responsabilidade extracontratual do Estado se confundem, integralmente, com as chamadas “teorias do risco”. Estas, como do próprio nome se pode depreender, não mais levam em conta a configuração de culpa, seja do agente individualmente considerado, seja do serviço público como um todo, mas sim, *o fato do serviço*, por

---

<sup>47</sup> Neste particular, data a máxima vênia, é evidente a contradição encontrada em CAVALCÂNTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, vol. I, p. 374: “*Dentro da teoria objetiva, encontra-se tendência para fazer presumir a culpa do autor do dano, admitindo-se, portanto, a prova em contrário, que exclui a responsabilidade.*”. Ora, se a ausência de culpa exclui a responsabilidade, é evidente que a responsabilidade se fundamenta na culpa. Não poderá, portanto, ser chamada tal responsabilidade de objetiva, sob pena de ofensa irremediável ao pensamento lógico.

si só potencialmente capaz de gerar dano ao cidadão. Explicando melhor. Altera-se, segundo a teoria em questão, o enfoque da análise, não mais voltado à culpa, seja do agente, seja anônima do serviço, buscando, por outro lado, identificar e definir a causalidade do ato<sup>48</sup>.

Modernamente, a transformação do Estado clássico Liberal, de intervenção mínima, em Estado Intervencionista, que dia a dia amplia a intensidade e a quantidade de suas atribuições no seio social, naturalmente, amplia também o seu potencial lesivo perante os cidadãos individualmente considerados. A atividade estatal, por si só e independentemente de sua qualidade, é, potencialmente, grande geradora de danos. O agir estatal, em suma, é sinônimo de risco de lesão para o cidadão.

De qualquer sorte, todo o risco criado pela atividade estatal, no cumprimento legal de suas funções públicas, tem em vista, como visto no início deste trabalho, o bem comum, considerado este como a oportunidade para cada cidadão de desenvolvimento de sua personalidade e a valorização de sua dignidade. O Estado existe, modernamente, em tese, para realizar o mister de garantir e desenvolver a dignidade da pessoa humana.

Ora, se a atuação estatal é fonte de riscos para o cidadão e se estes riscos são assumidos pela coletividade, tendo em vista o pleno desenvolvimento da dignidade humana de cada um dos sujeitos de direito desta sociedade, individualmente considerados, é absolutamente equânime que os ônus da atividade estatal sejam igualitariamente repartidos por toda esta coletividade. Não condiz com o tão valorizado princípio da igualdade, fundador do Estado Moderno e condutor de toda e qualquer pretensão de justiça, que apenas um indivíduo, qual seja a vítima do dano, arque com os ônus de atividades estatais propostas no interesse de todos. A solidariedade social, tão invocada e aclamada como valor moral incontestável, deve também aqui prevalecer, ao repartir entre todos os prejuízos dos danos causados em prol destes todos.

---

<sup>48</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit., p. 568: “*Amaro Cavalcânti sustentava preponderar na responsabilidade da administração pública o caráter objetivo, tendo como ponto de partida, na advertência de Vachelli, a causalidade do ato e não a culpabilidade.*”. Continua, agora citando Otto Mayer, in verbis: “*sobretudo, uma vez dada a causa, pouco importa a qualificação moral que mereça o agente por intermédio do qual o efeito se tenha produzido: que tenha querido esse feito diretamente, em virtude de autorização da lei e no exercício regular de seus poderes.*”.

Para esta nova concepção, admite-se a responsabilização estatal mesmo nos casos em que o agente ou o serviço público amplamente considerado tenham agido dentro da melhor forma de direito, respeitados os princípios da legalidade e da eficiência. Inadmite-se, isto sim, que o cidadão, individualmente lesado, tenha que suportar com o seu patrimônio os prejuízos causados pelo exercício de funções estatais em benefícios de toda a comunidade. Como exemplo, cita-se o caso de perseguição policial em que, para capturar grande e organizado grupo de traficantes de entorpecentes, a polícia civil acaba por deteriorar carros estacionados pelas vias públicas. Neste exemplo, frente à proporcionalidade dos bens jurídicos em questão, ou seja, entre garantir a segurança e a paz social ou deixar de danificar bem móveis, com repercussões meramente pecuniárias, o serviço policial optou por privilegiar o primeiro, extraordinariamente mais relevante, em detrimento do segundo. Dir-se-ia, neste exemplo, que o serviço funcionou mal? Dir-se-ia que extrapolou os limites da legalidade? Foi um ato ilícito? Obviamente que não, visto que a operação policial, neste caso, foi um sucesso e que os prejuízos causados foram absolutamente irrelevantes frente ao bem jurídico protegido. Neste mesmo caso, entretanto, dir-se-ia que os danos causados aos proprietários dos veículos deveriam ser por estes assumidos, isoladamente? Para a teoria da culpa administrativa a resposta haveria de ser pela afirmativa. Para a teoria do risco, ao contrário, mesmo que lícita e louvável a atividade administrativa, nada mais justo que os danos daí provenientes sejam repartidos por todos os beneficiados.

Cita-se um outro exemplo, ligado à esfera penal, que em muito tem a ver com as futuras proposições deste trabalho monográfico. Imagine-se que a polícia civil prende motoqueiro suspeito de estar praticando, diariamente, estupros seguidos de homicídios das suas vítimas. Já teria, o suspeito, estuprado e assassinado por volta de vinte vítimas e, através de um retrato falado e de outras evidências, a polícia acaba por deter um forte suspeito. É imediatamente decretada a sua prisão preventiva, para que, imediatamente, interrompa-se a série de atentados, caso ele seja o culpado. Este homem é preso por oitenta e um dias e, neste interregno, sendo preso o verdadeiro autor dos crimes em questão, é liberado. Ora, a prisão preventiva é instituto processual penal que visa impedir que o suposto criminoso continue a praticar os crimes em questão ou a prejudicar as investigações, destruindo provas ou coisas que o valham. É, portanto, um instituto previsto com o intuito de proteger

e, como o próprio nome indica, prevenir que os direitos dos cidadãos venham a ser lesados. Pois bem, se no exercício desta faculdade, exercida no interesse de todos, o Estado gera dano anormal a um cidadão isoladamente considerado, qual seja, manter cidadão absolutamente inocente por oitenta e um dias nas agruras do cárcere, além de todas as conseqüências lesivas daí advindas, em relação à sua pessoa, à sua família ou ao seu emprego, dentre outros danos, é conseqüência da mais pura justiça que este cidadão seja indenizado pelos cofres públicos. Não é razoável que se admita que este cidadão, em benefício de toda a sociedade, arque sozinho com os danos gerados pelo Estado. Observe-se que, neste exemplo, não se pode dizer que a ação estatal foi ilegal, uma vez que respeitada a mais estrita legalidade. Também não se diria que funcionou mal, uma vez que frente a um forte suspeito de crimes de tamanha gravidade, é razoável que se admita o exercício da prevenção, mesmo que em prejuízo, por certo lapso temporal, da liberdade de um possível inocente. Por fim, cabe constatar que, frente a tal caso concreto, até certo ponto comum, somente através das “teorias do risco” se poderia fundamentar o ressarcimento do dano gerado a este cidadão.

Foi, portanto, com base na “justa distribuição dos encargos sociais” que desenvolvem-se duas teorias, baseadas no risco, a saber: a “teoria do risco administrativo” e a “teoria do risco integral”<sup>49</sup>.

Analise-se, doravante, as particularidades e diferenças entre as teorias do risco. Salienta-se, porém, que estas não se admitidas neste trabalho monográfico<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> A respeito da “justa distribuição dos encargos sociais”, veja ampla referência doutrinária: DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 569, 574, 575, : “Não são razões de ordem jurídica as que qualificam a responsabilidade do Estado. São, como diz Hauriou , “razões de alta política e de equidade”. A naturais aequitas é que dá vida e impõe à consciência jurídica a aceitação do princípio”. Citando voto do ilustre CARVALHO MOURÃO: “...todo dano causado deliberadamente a alguém, com repercussão favorável para outros, deve ser estendido e repartido na proporção dos benefícios.”. Mais adiante, referindo AMARO CAVALCÂNTI: “... assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado no seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*”... “. Fazendo referência a PAUL DUEZ, “Todo prejuízo anormal, excepcional, exorbitante pela sua natureza ou por sua importância, os incômodos e sacrifícios correntes exigidos pela vida em sociedade e pela manutenção pacífica dessa sociedade, dever ser considerados como violação da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”.

<sup>50</sup> MEDAUAR, O. Op. Cit., p. 436: “A adoção da responsabilidade objetiva do Estado levou alguns autores a cogitar de uma nebulosa distinção entre a teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. A primeira representaria um sentido absoluto da responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades. A segunda admitiria isenção total ou parcial da responsabilidade, se fosse comprovada força maior ou participação da

### 2.4.1. Teoria do risco integral.

Vistas em profundidade as teorias abordadas pela doutrina e pela jurisprudência acerca da responsabilidade estatal, analise-se a teoria do risco integral, a mais radical teoria acerca da responsabilidade.

Esta teoria, conforme a doutrina que a rechaça<sup>51</sup>, seria aquela que admitiria que todo e qualquer dano proveniente da conduta estatal, desconsiderando completamente o comportamento da vítima, do terceiro ou da força maior, deveria ser ressarcido pelo Estado. Afirmam ainda que tal teoria transformaria o Estado em “segurador universal” em todo e qualquer caso de dano, ensejando o caos na medida de sua desarozoabilidade.

Quer parecer, todavia, que a razão está com a parcela da doutrina que afirma nunca se ter admitido tal espécie de responsabilização<sup>52</sup>, uma vez que nunca se teria cogitado de uma responsabilização total e irrestrita do Estado. Realmente, não encontra-se nenhum autor, na doutrina nacional e estrangeira, que afirme que assim seja, mesmo porque admitir a reparação de todo e qualquer dano seria negar os pré-requisitos da responsabilidade objetiva, quais sejam, o nexo de causalidade e a configuração do dano anormal.

---

*vítima no evento danoso. No entanto, autores que mencionam em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-la, admitem a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver o nexo de causalidade ensejador da responsabilização. Desse modo, parece inexistir diferença substancial entre o risco integral e o risco administrativo, como ensina Yussef Said Cahali (Responsabilidade civil do Estado, 2. ed. 1995, p. 40-41).”. CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado, p. 40-41, citando WEIDA ZANCANER: “Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo. Neste terreno, extremamente movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais.”.*

<sup>51</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit., p. 36, citando ODONÉ SERRANO JÚNIOR.

<sup>52</sup> AGUIAR JUNIOR, R. R. Op. Cit., p. 5: “O dissídio que lavrou na doutrina sobre a prevalência da teoria do risco integral ou do risco administrativo (exposta no texto) não tem maior relevância, pois os defensores de ambas as correntes aceitam a possibilidade de exclusão ou atenuação de responsabilidade do Estado sempre que provada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado, como a culpa exclusiva da vítima ou concorrente da vítima (Alcindo Pinto Falcão, Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público, na RDA, 11/45; Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1982, p. 30 e segs.; Edmir Netto Araújo, Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1981, p. 42)”.

CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 67, não oferece distinção entre as teorias do Risco, existindo apenas e tão somente a Teoria do Risco Integral, sendo que esta admitiria excludentes (ver págs. 98-105). A teoria por ele denominada de Teoria do Acidente Administrativo trata da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço e foi neste trabalho denominada de Teoria da Culpa Administrativa. Ainda BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 36, citando a doutrina de WEIDA ZANCANER, YUSSEF SAID CAHALI e ALCINO PINTO FALCÃO.



De toda sorte, seja com fundamento nas excludentes ou atenuantes ou na não configuração dos requisitos essenciais da responsabilidade objetiva, certo será que a responsabilidade do Estado restará minorada ou excluída quando se tratar dos casos de força maior, culpa da vítima ou de terceiro. Analise-se melhor a doutrina do risco administrativo (ou simplesmente teoria do risco) em suas particularidades.

#### **2.4.2. Teoria do risco administrativo.**

De acordo com o que se explanou até aqui, acerca do gênero “teorias do risco” e, conforme a espécie “teoria do risco administrativo”, estaria o Estado obrigado a reparar todos os danos decorrentes de sua atuação no seio social, seja por conduta lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, causada por um agente público individualmente considerado ou pelo serviço público como um todo, sem quaisquer perquirições acerca da culpabilidade seja deste ou daquele. Uma vez configurado o dano ressarcível (o qual definir-se-á a seguir), e o nexos causal entre o agir estatal e este dano, estaria o Estado obrigado a recompor o “*status quo ante*” ou a indenizar a vítima, independentemente da censurabilidade ou não da conduta. Todavia, diferenciaria-se a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral, pelo fato de aquela admitir determinadas situações em que, mesmo que presente o Estado, seja na figura de um agente, seja na do serviço público genericamente considerado, estaria excluída ou atenuada a responsabilidade estatal pelo dano configurado.

Em suma, conforme os defensores desta doutrina, a teoria do risco administrativo, por levar em conta o tão precioso princípio da razoabilidade<sup>53</sup>, obriga o Estado a reparar todos os danos advindos do seu agir na sociedade, repartindo os ônus da atividade estatal entre todos os beneficiados por ela, admitindo-se, todavia, que em determinadas situações seja, a responsabilidade do Estado, excluída ou atenuada, como nos casos de força maior, caso fortuito, culpa da vítima ou culpa de terceiro e estado de necessidade.

---

<sup>53</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 35.

Para os defensores de tal vertente, a teoria do risco integral não contou com o apreço da maior parte da doutrina<sup>54</sup>, que a rechaçou, justamente, pela falta de razoabilidade frente ao caso concreto. Aceitar a teoria do risco integral seria admitir que os cofres públicos, compostos pelo esforço comum, fossem destinados a recompor, em determinados casos, os danos causados pela negligência, imprudência, imperícia ou má-fé de um ou poucos cidadãos. Para os defensores do risco administrativo, aceitar o “risco integral” seria mesmo inverter toda a lógica desenvolvida até então, uma vez que o que se defende é a reparação, por parte do Estado, do dano gerado em benefício de todos, mas não transformar o Estado em segurador universal, extrapolando em muito o caráter de responsabilidade e dando azo à iniquidade social.<sup>55</sup>

Por outro lado, ao analisarmos com maior acuidade os casos excludentes ou atenuantes apontados pela Teoria do Risco Administrativo, vê-se que aceitar alguns seria o mesmo que adotar a teoria da culpa administrativa e voltar-se à uma análise subjetiva do evento danoso, enquanto outros casos realmente excluem ou atenuam a responsabilidade, porém, não como um pressuposto metafísico de equidade, como parecem envocar alguns, mas pura e simplesmente porque não se configura o nexo de causalidade.

Analise-se com maior rigor cada uma destas situações, diferenciando-as entre si, e justificando porque excluiriam ou atenuariam a responsabilidade estatal, uma vez que, em se tratando de “teorias do risco”, é exatamente este o ponto nodal de diferenciação entre o “risco integral” e o “risco administrativo”.

---

<sup>54</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p. 36. “O Estado estaria sempre obrigado à assunção de um risco integral no exercício das atividades lhe cometidas. Essa orientação, sem dúvida, acabaria gerando convulsões sociais na exata medida de sua radicalidade.

Por tais motivos, a modalidade do risco integral não foi adotada pela maciça maioria da doutrina brasileira.”.

<sup>55</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Idem, ibidem, p. 36, citando ODONÉ SERRANO JÚNIOR. No mesmo sentido, MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 533 – “A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de brutal, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza”.

### 2.4.3. Excludentes e Atenuantes do Dever de Reparar.

No que tange à teoria do Risco Administrativo, desde que envolvido o Estado com o evento danoso, teria esta sua responsabilidade excluída ou atenuada quando configuradas determinadas situações. Em verdade, em algumas destas situações, quais sejam a força maior, a culpa da vítima ou de terceiro, não haveria propriamente uma exclusão ou atenuação da responsabilidade. O que ocorre, precisamente, é que o Estado deve ser responsabilizado pela sua conduta danosa, seja comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, e somente por ela, e na sua exata medida. Não se deveria falar em excludentes ou atenuantes, mas pura e simplesmente demonstrar que, nestes casos, não se configurou, total ou parcialmente, o nexo causal entre a conduta estatal e o dano. Se estiver excluída ou atenuada a responsabilidade do Estado é porque, frente ao caso concreto, não se estabeleceu devidamente o nexo causal entre o evento do Estado e o dano<sup>56</sup>.

Já em relação ao caso fortuito e o estado de necessidade, negar a responsabilidade nestes casos seria o mesmo que negar a responsabilidade objetiva do Estado. Uma vez presente a conduta estatal que, como vimos, apresenta-se em busca do benefício de toda a coletividade; e configurado o dano anormal a um cidadão; caberá o dever de o Estado indenizar, pelo fato de que os encargos sociais devem ser repartidos por toda a coletividade.

Vê-se, portanto, que é absolutamente desnecessário se falar em excludentes ou atenuantes, bastando-se analisar o nexo de causalidade e o dano, para que se afaste a responsabilidade nos casos de força maior, culpa da vítima ou de terceiro. A importância deste raciocínio é permitir a responsabilização frente ao caso fortuito e ao estado de necessidade, desde que configurado o nexo causal e o dano especial e anormal.

Veja-se individualmente cada um dos casos e verifique-se a procedência dos argumentos que os sustentam como excludentes ou atenuantes da responsabilidade

---

<sup>56</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 99: “Equacionando assim o problema da responsabilidade civil do Estado, presentes todos os dados – dano, causa, vítima, sujeito ativo, sujeito passivo, referibilidade – nem por isso tais elementos se aglutinam, porque o elemento catalítico da reação, a causa, é que irá impor ou excluir a responsabilidade.

Admitem-se as consequências do fato ou ato, mas desobrigam-se as pessoas jurídicas públicas da reparação do dano, sempre que a causa do dano se reveste de características especiais que a infirmam, tipificando-a como inidônea para ser abrigada pelo sistema jurídico em que atua”.

extracontratual do Estado, salientando que só estará afastada ou minorada a responsabilidade estatal nos casos de força maior, culpa da vítima ou de terceiro.

#### 2.4.3.1. A força maior e configuração do nexo de causalidade.

A doutrina é hesitante ao tratar da força maior e do caso fortuito, parte admitindo diferenças entre as duas figuras, enquanto outros entendem tratar-se de um mesmo instituto jurídico<sup>57</sup>. Neste particular, entende-se mais correta seja a vertente que admite a diferenciação entre os dois institutos, nos termos adiante expostos.

A força maior caracteriza-se por ser um fato externo à atividade estatal e por sua irresistibilidade<sup>58</sup>. Embora se possa prever, por exemplo, um ciclone ou um furacão, antevendo-se seu poder de destruição e sua amplitude, tudo com razoável precisão, mesmo assim seus efeitos continuarão a ser inevitáveis, pois transcendem a capacidade humana de combater a tal força, por isso mesmo denominada “maior”. Normalmente, tal instituto refere-se a fatos da natureza.

A força maior afastará a responsabilidade do Estado pura e simplesmente porque o evento danoso não poderá ser imputado a este. Em outras palavras, se o dano provém de fato classificado como de “força maior”, a vítima não conseguirá demonstrar o nexo de causalidade entre a atividade estatal e o dano ocorrido<sup>59</sup>.

Todavia, nos casos em que, mesmo sem poder evitar o acontecimento de fato irresistível, o poder estatal tiver condições de prever tal acontecimento e de minorar seus efeitos, mas, por sua omissão, deixe de fazê-lo, caberá sim o dever de

---

<sup>57</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 100-101.

<sup>58</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit., p. 39.

<sup>59</sup> A esse respeito, veja-se com maior propriedade os argumentos de: BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p. 41: “*A fortiori, não podemos deixar de ressaltar que é o nexo causal que determinará, em todas as situações elencadas, as causas excludentes ou atenuantes e a responsabilização do Estado. Como já mencionado anteriormente, se na relação de causalidade não existir a participação da atividade do Estado na produção do dano, não há e nem pode haver indenização pelo Poder Público, por ausência de indispensável pressuposto.*”. Nesse sentido: CRETELLA JUNIOR, J. Idem, p. 102, apresentando argumentação em prol da Teoria do Risco: “*O nexo de causalidade não se concretiza nas hipóteses de força maior, que se erige, pois, como causa exoneratória da responsabilidade, em virtude de a causa primeira do acidente ser exterior ao ato danoso.*”.

indenizar, mas somente quanto aos danos que poderiam ter sido evitados e que não fossem, portanto, irresistíveis<sup>60</sup>.

#### 2.4.3.2. O caso fortuito frente às teorias objetivas.

Já o “caso fortuito” refere-se aos fatos ou atos decorrentes de atividade humana que produzem danos, decorrentes de sua imprevisibilidade. Se fossem previsíveis poderiam ser evitados, pois não gozam do caráter da irresistibilidade. Entretanto, devido à sua imprevisão, torna-se impossível evita-los e, por isso mesmo, não seria justo que se devesse reparar os danos daí decorrentes.

Deve-se ponderar, entretanto, que o fundamento para afastar a responsabilidade do Estado em se tratando de “caso fortuito” não reside na teoria objetiva, mas sim na teoria da culpa. Afirma-se não ser justo que o Estado repare o dano pois decorre de fato imprevisível e que, por isso mesmo, o ente estatal nada poderia fazer para afastá-lo. Ora, isso é o mesmo que afirmar que o Estado não deve reparar por não ter culpa do evento danoso<sup>61</sup>.

Como visto, as teorias objetivas ou teorias do risco fundamentam-se na “justa distribuição dos encargos sociais”, corolário do Princípio da Igualdade, valor fundante de todo e qualquer Estado democrático e de Direito. Além disso, saliente-se que tais teorias têm, por pano de fundo, a solidariedade social, como um valor supremo de nosso povo, incluído já no preâmbulo de nossa Carta Maior. Caso se trate de dano proveniente da atividade estatal, despidendo saber de previsível ou imprevisível. Basta saber que se a atividade é prestada no interesse de todos, para que isso configure o dever de a coletividade reparar o individualmente lesado. É justamente isto que configura a objetividade da responsabilidade, pois independente da licitude ou ilicitude do ato, se comissivo ou omissivo, mesmo assim, ensejará o dever de reparar. No exemplo de um cabo da rede elétrica que se rompe, atingindo um pedestre e levando-o a óbito, mesmo que perícias comprovem que o serviço foi prestado em acordo com as normas de segurança e que o cabo estava na mais

---

<sup>60</sup> No mesmo sentido FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. P. 284.

<sup>61</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 687: “Segundo a autorizada lição de Arnaldo Medeiros, a noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro externo ou subjetivo, a ausência de culpa”.

perfeita ordem de conservação, dir-se-ia que a responsabilidade do Estado ou da empresa prestadora do serviço estaria afastada pelo fato de tal ocorrência ser imprevisível? Ou repartiríamos o encargo entre todos, uma vez que assumiu-se o risco de ter cabos elétricos por toda a parte, em benefício de todos? Quer parecer que a segunda opção seja mais consentânea com os valores e princípios do Estado democrático de Direito.

Concluí-se, portanto, este tópico, afirmando que a força maior não enseja a responsabilidade do Estado pura e simplesmente pela não configuração do nexo causal entre o fato e o dano. Em se tratando do caso fortuito, não se encontra nenhuma ordem de fundamentos que sustente a sua exclusão como ensejador de responsabilidade estatal<sup>62</sup>, a não ser que se procure nas teorias subjetivas, caracterizadas pelo elemento “culpa”<sup>63</sup>.

#### 2.4.3.3. A culpa da vítima ou de terceiro.

Mais uma vez, não parece que quando se trata da culpa da vítima ou de terceiro se esteja verdadeiramente falando em excludentes ou atenuantes da responsabilidade, mas simplesmente da não configuração do nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano gerado. Uma vez comprovado que, embora presente a atividade estatal, esta não se configura como causa do dano, mas sim

---

<sup>62</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 102, apresentando argumentação em prol da Teoria do Risco: *“Ao contrário, para a doutrina que aceita a responsabilidade pública, fundada no risco integral, a distinção entre força maior e caso fortuito se impõe, pelo interesse prático de que se reveste, visto que a força maior é causa excludente de responsabilidade, o caso fortuito, não.”*

*O nexo de causalidade entre o ato prejudicial e o prejuízo não se concretiza, nas hipóteses de força maior, que se erige, pois, como causa exoneratória da responsabilidade, em virtude de a causa primeira do acidente ser exterior ao ato danoso, solução que difere, no caso fortuito, em que a causa do prejuízo é ignorada, do que resulta a formação do nexo de causalidade entre o ato prejudicial e o dano”.*

<sup>63</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 687, embora afirmando o caso fortuito e a força maior como excludentes do dever de reparar, oferece-nos argumentos precisos para a refutação desta posição, uma vez adotada a teoria objetiva: *“Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Esta noção atende melhor ao que se procura expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção”.* Nesse mesmo sentido CAVALCANTI, T. B. Op. Cit. p. 415: *“Mas aqui se impõe a distinção entre caso fortuito e força maior porque, se, como veremos, a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço”.*

que o comportamento da vítima ou de terceiro é que foram determinantes para a efetivação do evento danoso, mostra-se muito claramente que não se deve responsabilizar o Estado, uma vez que o dano não proveio de sua conduta.

Observação relevante, quanto à culpa da vítima ou de terceiro, são os casos de culpa concorrente ou de concausas. Nestes casos, observado o caso concreto e verificado que o dano proveio da conjugação das condutas do Estado e da vítima ou do terceiro, deve ser o Estado responsabilizado apenas e tão somente pela parcela do dano decorrente de sua conduta. Este é o caso em que será minorada a responsabilidade proporcionalmente à participação da vítima ou do terceiro. Não se mostra equânime que a coletividade arque com prejuízos causados, muitas vezes dolosamente, pela própria vítima, ou por um terceiro, mesmo que a atividade do ente público tenha colaborado para o evento danoso. Caberá ao juiz, frente ao caso concreto, analisar a parcela ideal de responsabilidade que deverá recair sobre cada um dos envolvidos no fato causador do dano.

#### 2.4.3.4. Estado de necessidade *versus* dano ressarcível.

O estado de necessidade, quando relativo à atuação do Estado, seria a situação em que predominaria o interesse coletivo sobre o particular e, por esse fundamento, isentaria o Estado de qualquer indenização. A doutrina costuma citar o estado de guerra, o estado de sítio ou a decretação de calamidade pública, dentre outras medidas gerais.

Mais uma vez, entende-se desnecessário se falar em excludentes ou atenuantes, bastando fixar o enfoque sobre os requisitos apontados pela teoria do risco para que se concretize o dever de indenizar. Em se tratando do estado de necessidade, ficará caracterizado o nexo causal entre a medida estatal e o dano. Todavia, o dano gerado não goza das características essenciais que ensejariam a sua reparação.

O que é capaz de afastar a responsabilização do Estado é, apenas e tão somente, a não configuração de um dano indenizável<sup>64</sup>. Como tratar-se-á adiante, o dano deve gozar de certas características que o tornem ressarcível, a saber, a anormalidade, a especialidade e a ofensa a direito ou interesse juridicamente protegido<sup>65</sup>. Nos casos apontados normalmente pela doutrina como estado de necessidade, os danos se projetam, desde o início, igualmente por toda a coletividade. Em casos de guerra, por exemplo, toda a coletividade já arca com os danos provenientes de tal estado. Logo, os danos, apesar de presentes, não se configuram como especiais. Estes danos não são indenizáveis pelo simples fato de que os encargos já estão igualmente distribuídos pela comunidade.

O estado de necessidade, portanto, normalmente exclui a responsabilidade do estado, pela não configuração de um dano especial, requisito essencial para qualquer teoria acerca da responsabilidade do Estado, e não com base no mal fadado “interesse público”, sempre invocado quando se têm em mente ferir direitos e garantias fundamentais do cidadão. Entretanto, caso se configure um dano anormal e especial a alguém, não será a alegação de estado de necessidade que afastará a responsabilidade do estado<sup>66</sup>.

A título de conclusão acerca da teoria do risco, fundamento essencial das demais ponderações deste trabalho científico, entende-se ser a teoria do risco, não admitida a distinção posta pela doutrina em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, a que melhor se coaduna com os valores sociais e os princípios fundamentais do Estado democrático e de Direito, admitida a exclusão ou a atenuação da responsabilidade do Estado apenas nos casos de força maior, culpa da vítima ou de terceiro e no estado de necessidade, devida à não configuração do nexo causal entre o fato ou ato do Estado e o Dano ou pela inexistência de dano ressarcível, entendido este nos termos que seguem.

---

<sup>64</sup> CAVALCANTI, T. B. Op. Cit. p. 423, citando BIELSA: “Quando o dano causado decorre de um fato necessário e geral, não há situação diferencial; não se justifica o ressarcimento. Quando o dano é causado, de maneira diferencial, porque resulta de um fato imposto pelo interesse da comunidade, deve se aplicar o princípio da proporcionalidade dos ônus públicos, devendo todos contribuir para o ressarcimento”.

<sup>65</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 24.

<sup>66</sup> AGUIAR JUNIOR, R. R. Op. Cit. p. 06: “O estado de necessidade não é causa exonerativa, salvo se a situação de perigo foi posta pelo lesado e o Estado praticou a ação necessária contra ele, provocando-lhe o dano. Nesse caso de estado de necessidade defensivo, o autor do perigo e afinal lesado nada pode reclamar. Nos demais casos de estado de necessidade agressivo, agindo o Estado na defesa de um interesse coletivo para afastar o perigo criado pela vítima, deve indenizar àquele a quem sua ação causou prejuízo.”



## 2.5. CARACTERÍSTICAS DO DANO RESSARCÍVEL.

O dano é todo prejuízo certo, material ou imaterial, atual ou futuro, dotado de certeza, proveniente de fato ou ato que atinge a esfera jurídica de um cidadão ou da coletividade. Decorre da conduta lesiva<sup>67</sup>.

Para que se configure enquanto ressarcível ou indenizável pelo Estado, todavia, o dano deverá gozar de três características principais, apontadas pela doutrina<sup>68</sup>, qual sejam, a anormalidade, a especialidade e a lesão a direito ou interesse legitimamente protegido.

Anormal é o dano que, analisado no caso concreto e tendo em vista os costumes e valores de determinada comunidade, ultrapassa o limite de suportabilidade. A razoabilidade, neste caso, será o princípio norteador para se definir, em cada caso, a normalidade ou anormalidade do dano.

Especial é o dano que atingiu de maneira peculiar, mais gravosa, mais intensa a determinado indivíduo ou grupo, quando comparado à coletividade. Em se tratando do estado de necessidade, como vimos, o dano poderá se mostrar anormal e insuportável, todavia, se atinge a coletividade em geral, não gozará, de especialidade e não será, portanto, ressarcível ou indenizável, vez que o encargo público já se mostra igualmente distribuído<sup>69</sup>.

Ainda, só caberá a reparação ou indenização quando o dano atingir bem jurídico ou interesses juridicamente tutelados. Se uma carga extremamente valiosa se deteriora em virtude de mau funcionamento do porto, o dano, apesar de anormal e especial, não será ressarcível, se a carga for constituída de entorpecentes.

Por fim, conclui-se que o dano indenizável será aquele dotado, a um só tempo, de anormalidade, especialidade e ainda referir-se a direito ou interesse juridicamente protegido. A ausência de uma das três características é suficiente para afastar o reparabilidade do dano.

---

<sup>67</sup> CRETELLA JUNIOR, J. p. 108.

<sup>68</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 24.

<sup>69</sup> Sobre as características do dano ressarcível, consultar e excelente síntese de BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit., p. 24.

### 3. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO.

Abordados os principais aspectos da responsabilidade extracontratual do Estado, analisados genericamente, pode-se adentrar à análise do instituto frente ao direito positivo brasileiro. Passe-se a uma breve análise da evolução legislativa e das concepções que predominaram nos diferentes momentos históricos, considerados a partir da Constituição do Império.

#### 3.1. BREVE HISTÓRICO.

Tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira, a irresponsabilidade do Estado nunca gozou de aceitação<sup>70</sup>, mesmo em vista das proposições legislativas em sentido contrário. A Constituição Imperial de 1824 consagrava expressamente, a irresponsabilidade estatal<sup>71</sup>. Tal orientação legislativa se manteve com a primeira Constituição republicana<sup>72</sup>, embora neste momento histórico já se fizessem presentes leis federais importantes que admitissem a responsabilidade do Estado pela culpa do serviço<sup>73</sup>, porém restritas a determinadas situações específicas.

Com o advento do Código Civil de 1916<sup>74</sup>, supera-se a fase da irresponsabilidade estatal no campo legislativo, e consagra-se no Brasil a responsabilidade por culpa civil, entendida esta como aquela teoria que adota a

---

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 991: “O certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da ampla responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica.”.

<sup>71</sup> C. I. 1824, Art. 179, XXIX: Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm)

<sup>72</sup> C.R. 1891, Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

<sup>73</sup> AGUIAR JUNIOR, R. R. Op. Cit. p. 02, por exemplo, citando o Código Penal de 1.890.

<sup>74</sup> C.C. 1916, Art. 15: *As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*

responsabilidade por conduta ilícita de um funcionário identificado<sup>75</sup>. Contudo, doutrinaria e jurisprudencialmente, já se defendia a adoção da “faute du service” no direito brasileiro e até mesmo a doutrina do risco integral<sup>76</sup>. A situação manteve-se na vigência das Constituições de 1934 e 1937, com a novidade da responsabilidade solidária do Estado e do funcionário público<sup>77</sup>.

A grande inovação veio com a Constituição de 1946<sup>78</sup> ao estabelecer, pela primeira vez em nível constitucional, a responsabilidade do Estado, independentemente de dolo ou culpa. Consagrou-se a responsabilidade objetiva do Estado brasileiro, já há muito defendida pela doutrina. Tão arraigado à cultura jurídica nacional estava o dever de indenizar os danos causados em virtude da conduta estatal, que tal orientação manteve-se inerte ao período ditatorial pós 1964, sendo previsto na Constituição de 1967<sup>79</sup> e na Emenda n.º.1 de 1969<sup>80</sup>.

Não seria diferente na vigência da Constituição democrática de 1988 que manteve a responsabilização objetiva, ampliando-a às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Analisemos detidamente a situação atual da responsabilidade extracontratual do Estado brasileiro, em todas as suas nuances.

<sup>75</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 687, “... 2ª Fase civilista, de fundo individualista, a que se filia ainda, segundo a maioria dos nossos autores, o sistema brasileiro, até porque regula no Código Civil a responsabilidade do Estado”.

<sup>76</sup> DIAS, J. de A. Idem, p. 567: “Pedro Lessa, num dos seus votos, declarou, com vistas ao Código Civil e à Constituição de 91, que o nosso legislador perfilhava a doutrina da responsabilidade fundada n direito público e desprezava a vetusta e inqualificável teoria civilista, antiqualha que hoje só tem préstimos de nos mostrar como nossos antepassados eram atrasados na matéria. Assim, a teoria da culpa administrativa está longe de ser a única a dominar a doutrina. Ao lado dela florescem a do risco integral e a do acidente administrativo”.

<sup>77</sup> Art. 171 da CR de 1934: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. §1º - Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. §2º - Executada a sentença contra a Fazenda promoverá execução contra o funcionário culpado.”

<sup>78</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 993, ponto 88.

<sup>79</sup> Assim dispunha o art. 105 da Carta Maior de 1967: “As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. – Parágrafo Único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

<sup>80</sup> Veja o art. 107 da Emenda n.º. 1 à Constituição de 1967, de 1969: “As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo Único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

### 3.2. REGIME VIGENTE: TEORIA ADOTADA PELA CARTA MAGNA DE 1988.

A Constituição da República de 1988 adotou, sem dúvidas, a doutrina do risco, negada a diferenciação entre o “risco administrativo e o risco integral”, para regular o regime de responsabilidade do Estado brasileiro<sup>81</sup>. Caberá, portanto, a responsabilização, sempre que da conduta estatal, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, praticada por um agente público específico ou pelo serviço genericamente considerado provier dano anormal e especial a direito ou interesse juridicamente protegido.

Neste particular, remanesce acirrado embate doutrinário, uns afirmando a exclusividade da responsabilidade objetiva<sup>82</sup>, enquanto outros defendem a coexistência da responsabilidade objetiva com a responsabilidade subjetiva pela “faute du service”<sup>83</sup>. Data máxima vênia, verifica-se que tal divergência não tem razão de existir. A responsabilidade objetiva, pela sua amplitude, abrange a teoria da culpa administrativa, prevalecendo a primeira sobre a segunda. Em outras palavras, para a teoria objetiva, se já são indenizáveis os danos decorridos de atos lícitos, com muito mais razão se indenizará os danos decorrentes de conduta dolosa ou culposa do agente público. Estes danos, no entanto, para serem indenizados frente à teoria objetiva, prescindirão da demonstração da culpa ou do dolo, restando esta obrigação para o Estado, em ação de regresso, bastando para o lesado demonstrar o dano e o nexo causal entre o dano e a conduta do ente público.

Todavia, mesmo sob a prevalência da teoria objetiva, determinados danos precisarão da demonstração da falha do serviço, não em decorrência de exigência legal, mas pura e simplesmente pela natureza dos fatos. Explicando melhor. Os danos gerados pela conduta omissiva do Estado sempre decorrerão de atos ilícitos. Não haverá omissão lícita, por parte do Estado, pois se a omissão é lícita, verdadeiramente não há omissão. Se o Estado não está obrigado a prestar, não há omissão por parte do Estado, mas sim um dano gerado por fato estranho à estrutura estatal. Logo, frente ao caso concreto, em se tratando de omissão, será impossível a demonstração de um dano e do nexo causal, sem antes demonstrar, que o Estado estava obrigado a agir e não agiu. Visto de outro ângulo, ou o juiz fundamenta em

---

<sup>81</sup> MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 534-535. No mesmo sentido, BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 37.

<sup>82</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p. 23.

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Op. Cit. p. 625. BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 996, citando o Prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO.

sentença que o Estado estava obrigado à determinada prestação e se omitiu, ou não restará demonstrado o nexo de causalidade entre o não agir estatal e o dano, visto que este não está obrigado a evitar todo e qualquer dano, mas apenas aqueles prescritos na legislação em vigor.

Em síntese, pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva é a regra no direito brasileiro, adotada na forma da teoria do risco. Todavia, pela própria natureza do dano proveniente da conduta omissiva, para que se demonstre o nexo de causalidade, haverá de ser evidenciado o dever do Estado de agir, além da demonstração da sua omissão, configurada assim a demonstração subjetiva da culpa do serviço como consequência natural da demonstração desta espécie de dano. Não há por fim, como pleitear a reparação de dano proveniente de uma omissão, sem a demonstração da ilicitude da omissão, pois omissão permitida nunca será causa idônea para gerar dano.

### 3.3. O ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

A nossa Carta Maior consagrou a responsabilidade objetiva em seu art. 37, §6º, ao dispor: *“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*. Analise-se em detalhes.

*As pessoas jurídicas de direito público* conforme MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>84</sup>, são dotadas de quatro características fundamentais, quais sejam:

- a) são as manifestações por meio das quais o Estado adquire existência jurídica;
- b) Apenas por lei, ou pela própria Constituição, podem ser instituídas;
- c) são dotadas de atribuições e competências inerentes à qualidade estatal e;
- d) sujeitam-se ao regime jurídico de direito público.

Poderão classificar-se como Pessoas Políticas, quais sejam, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, as quais atuarão por meio de

---

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. p. 133-134.

seus órgãos internos<sup>85</sup>; ou como pessoas meramente administrativas, a saber, as Autarquias. A estas, caberá sempre a responsabilidade objetiva, salvo raras exceções de algumas, que não tem como escopo principal a satisfação de uma missão pública.

Já quanto às *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, antigo era o debate acerca do cabimento do regime de responsabilidade aplicável, quando os danos delas proviessem. A nova redação implementada na Constituição de República de 1988 ao tratar da responsabilidade civil do Estado teve também o mérito de pôr fim à controvérsia. Todavia, novos e intrigantes questionamentos se impõem, quando se analisa de maneira mais acirrada esta temática. Em síntese, pode-se afirmar, como critério de verificação que, aplicar-se-á o regime de responsabilidade pública quando o dano for proveniente da execução de uma função pública. Explica-se.

Várias são as espécies de pessoas jurídicas privadas que participam, de algum modo, das atividades do Estado. De maneira geral, tais empresas classificam-se em Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações, Concessionárias, Permissionárias e Autorizatárias. Nem sempre, todavia, estarão, estas pessoas jurídicas de direito privado, desempenhando misteres de cunho público, mas sim, atividades de caráter privado. Quando o dano provier do exercício de um múnus público, caberá o regime de responsabilidade do art. 37, §6º da Carta Magna. Ao contrário, aos danos provenientes de atividades privadas, que em nada se identificam com o cumprimento de um dever público, mesmo que realizadas por pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, aplicar-se-á o regime de responsabilidade privada<sup>86</sup>. Tal raciocínio aplica-se também às Autarquias ditas “Corporativas”, como a Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Regional de

---

<sup>85</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 133.

<sup>86</sup> MEDAUAR, O.. Op. Cit. p. 437: “*Para que se enquadrem no referido § 6º deve-se verificar se prestam serviços públicos, o que nem sempre se revela fácil (v. capítulo 14 – Serviço público). As dificuldades surgem sobretudo em virtude da existência de uma concepção ampla e restrita de serviço público e em virtude do contraponto entre serviço público e atividade econômica quanto à atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista. Alguns indicadores podem auxiliar na tarefa: dispositivos constitucionais e de lei que atribuem a certas atividades a condição de serviço público (por exemplo, CF, art. 30, V, e Lei 9.074/95, art. 1º); o serviço público caracterizado como atividade prestacional de responsabilidade do poder público (CF, art. 175), tais como: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação de ruas, correios, telefone, manutenção de áreas verdes, jardins e praças. Se as entidades acima apresentarem serviços públicos, o regime de sua responsabilidade civil por danos a terceiros é o do § 6º.*”

Medicina, que estarão isentas da responsabilidade objetiva nos casos em que seus atos não se confundirem com a prestação de funções públicas<sup>87</sup>.

Importante considerar que o Estado será sempre responsável pela consecução dos serviços públicos. Não será a delegação de um mister que isentará o ente público de responsabilidade pelos danos ocasionados em função da persecução das funções públicas. Portanto, em caso de lesão ocasionada por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o Estado responderá subsidiariamente, nos casos em que o patrimônio das pessoas privadas seja insuficiente para solver a dívida<sup>88</sup>.

### 3.3.1. O direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

O texto constitucional dispõe que está *assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*. Este tema é da mais alta relevância, quando se tem em mente a equidade, os princípios norteadores do Estado democrático, o princípio da eficiência na execução das funções atribuídas ao setor público. Nada mais de acordo com a justiça que aquele que ocasionou um dano arque, nos limites de seu patrimônio, com o ônus causado por dolo ou por sua negligência, imprudência ou imperícia.

Mais correto, no entanto, seria afirmar que o regresso do Estado, frente ao agente que agiu com dolo ou culpa, mais se identifica com um dever da pessoa jurídica de direito público, que propriamente com um direito ou faculdade<sup>89</sup>. Sendo o caso de dolo ou culpa, não se justifica que a coletividade arque com os prejuízos decorrentes de conduta dolosa ou culposa, salvo se o patrimônio do causador do ilícito seja insuficiente para recompor o *“status quo ante”*. Não buscar a ação de

<sup>87</sup> A respeito das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos veja-se, em especial, a monografia de BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 41-47. No mesmo sentido, MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 534-535. Também DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit. p. 624.

<sup>88</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p.41-47.

<sup>89</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit. p. 631-632: “A propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.”. No mesmo sentido FIGUEIREDO, L. V. Op. Cit. p. 272: “é dever do Estado (portanto, indisponível) a ação regressiva, provada a culpa ou dolo do funcionário”. Avalizam tal assertiva os eméritos Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson de Abreu Dallari e Weida Zandner”.

regresso nos casos em que se demonstrem fortes indícios de culpa ou dolo por parte do agente, trata-se de dano de igual ou maior monta ao dano ressarcido, já que não se coadunam com o Estado de Direito a impunidade deliberada do agente público e a ineficiência irresponsável dos servidores públicos, muito menos às expensas do contribuinte.

Tal dever/poder, pondere-se, dependerá da ocorrência de dois requisitos, nas palavras de BANDEIRA DE MELLO: a) que o Estado tenha sido condenado a indenizar terceiro por ato lesivo do agente; b) o agente responsável haja se comportado como *dolo* ou *culpa* (os grifos não são nossos) <sup>90</sup>.

O primeiro dos requisitos acima revela, de certa forma, o entendimento predominante na doutrina de que não caberá a denúncia à lide do agente causador do dano, visto que tal requisito pressupõe a condenação prévia do ente estatal. De qualquer sorte, examine-se mais atentamente a questão.

O Código de Processo Civil, em seu art. 70, III, dispõe que é obrigatória a denúncia à lide àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar o prejuízo do perdedor da demanda em ação regressiva. Entretanto, considerar tal dispositivo aplicável ao regime de responsabilidade do Estado seria como desconsiderar todas as garantias e vantagens advindas do regime de responsabilidade objetiva<sup>91</sup>. A primeira seria submeter o autor à espera do deslinde de questão probatória indiferente ao seu direito, qual seja a demonstração de dolo ou culpa do agente. Tal fundamento se torna ainda mais relevante quando se tem em mente que a fase probatória é notadamente a mais prolongada do processo de conhecimento e que, em se tratando de tutelas reparatórias frente ao regime de precatórios, não caberá a antecipação de tutela. Caso fosse cabível tal denúncia, nos casos em que fique comprovada a culpa do agente, contra quem poderá o autor propor a execução? A responsabilidade do Estado passará de objetiva para subsidiária? São simples quesitos que demonstram a incompatibilidade da denúncia à lide ao regime de responsabilidade previsto no art. 37, §6º e com a sistemática de proteção aos direitos e garantias do cidadão, consagrados pelo Texto Constitucional.

---

<sup>90</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 997.

<sup>91</sup> No mesmo sentido a lição de VICENTO GRECO FILHO E WEIDA ZANCANER, citados por FIGUEIREDO, L. V. Op. Cit. p. 273.



Ainda no que tange às relações entre autor, Estado e agente público, questão controversa na doutrina é a que discute a legitimidade passiva do agente público causador do dano, isoladamente ou solidariamente com o ente Estatal. Parte da doutrina entende que o agente responde apenas e tão somente para com o Estado, em ação de regresso<sup>92</sup>. Neste particular, acolhem-se os argumentos da doutrina que defende a possibilidade da propositura da ação isoladamente contra o agente causador, ou solidariamente com o Estado. Ressalte-se que, em relação ao agente, a responsabilidade deste é subjetiva e o ônus de demonstração do dolo ou da culpa caberá ao autor da ação. Todavia, que nada há que impeça o lesado de buscar a reparação do dano, diretamente contra o agente, abrindo mão da responsabilidade objetiva, nos casos em que entender que tal medida lhe seja conveniente. Ao contrário, não há argumentos para se sustentar que a norma vise a proteger o patrimônio do agente causador da lesão. Ao se referir ao direito de regresso, o constituinte tinha em mente, justamente, assegurar que o contribuinte não seria obrigado a arcar com os ônus da má-fé ou da negligência, imprudência ou imperícia do agente. Nada obsta, portanto, que o lesado abra mão das vantagens da responsabilidade objetiva, quando entender que acionar diretamente o agente público lhe seja mais vantajoso<sup>93</sup>.

### 3.4. CONCEITUAÇÃO DE “AGENTES PÚBLICOS, ATUANDO NESSA QUALIDADE”.

Conforme o art. 37, §6º *as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*. Resta esclarecer quem são os “agentes públicos” e quando estariam atuando “nessa qualidade”.

O conceito de agente público, no que tange à responsabilidade objetiva do Estado, deverá ser interpretado ampliativamente, abrangendo a todos aqueles que,

---

<sup>92</sup> MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 657-658.

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 998-999: “Então, parece-nos incensurável o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, manifestado antes mesmo do novo Código de Processo Civil, segundo quem a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa”.

independentemente do vínculo que guardem com o poder público, exerçam atividade pública, pouco importando se em caráter permanente ou transitório. Caberá responsabilidade, portanto, frente aos atos dos: a) agentes políticos, amplamente considerados; b) toda a gama de servidores públicos, considerados em sentido amplo e, ainda; c) as pessoas físicas que colaborem com prestação de serviços públicos, com ou sem remuneração, independentemente do vínculo jurídico<sup>94</sup>. Em síntese, toda e qualquer pessoa legitimamente imbuída de um prestação de serviço público poderá ensejar a responsabilidade do Estado, sempre que agindo em nome e prestando serviços de competência deste<sup>95</sup>.

Logicamente, não será todo dano causado por um agente público que vinculará o Estado a responder ao lesado. Por outro lado, não se diga, como outrora, que o Estado só será responsável pelos atos produzidos dentro das competências e no exercício do cargo atribuído ao agente público. Esta questão já se mostra superada, havendo ampla referência doutrinária, aduzindo que o Estado responderá sempre que o exercício de competência pública tenha possibilitado a produção do dano causado pelo agente. Se o fato de ser ou estar na condição de um agente público foi determinante para que este possa produzir o dano, no todo ou em parte, caberá ao Estado o dever de reparação. Nas palavras precisas de YUSSEF SAID CAHALI, *“Em síntese, portanto, sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar”*<sup>96</sup>. Esse, em suma, é o alcance da expressão “nessa qualidade”, expressa no texto do art. 37, §6º.

Por fim, não há quem conteste a natureza de agente público dos membros do legislativo e do judiciário. Não cabe ao interprete estabelecer distinção que o próprio constituinte não tenha feito. Ao referir-se à “agente”, o Texto Magno não faz distinção entre os membros do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Resta

<sup>94</sup> Adotando esta classificação: FIGUEIREDO, L. V. Op. Cit. p. 267.

<sup>95</sup> Quanto à extensão do termo “agente”, no que tange à responsabilidade civil do estado prescrita no art. 37, § 6º da nossa Constituição, não encontramos divergência na doutrina, firmando posição em mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 971-973. Do ponto de vista legislativo, encontramos ainda o preceito contido no art. 327 do Código Penal: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo Único: Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade estatal”, lembrado por FIGUEIREDO, L. V. Idem, p. 269.

<sup>96</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. p. 111. No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit. p. 971-973; BACELLAR FILHO, R. F. Op. Cit. p. 27.

claro, pela própria interpretação literal, além da interpretação sistemática que a doutrina vem desenvolvendo há mais de um século, que todos os agentes públicos ensinam a responsabilização do Estado, tendo em vista o amparo ao lesado e a justa distribuição dos encargos públicos. Veja-se com maior acuidade estas questões em tópico específico.

### 3.4.1. A Responsabilidade extracontratual do Estado por Atos Legislativos.

Evidencia-se, data vênia, que os argumentos que sustentam a irresponsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais não guardam nenhum respaldo na Constituição ou na lei, restando classificá-los como argumentos de cunho político, descompromissados com a ciência do Direito, com a defesa de um Estado democrático e de Direito e indiferente à busca da valorização da dignidade da pessoa humana<sup>97</sup>.

O primeiro argumento da doutrina que defende a irresponsabilidade por atos legislativos seria o de que o próprio constituinte já ofereceu distinção, referindo-se apenas aos agentes administrativos, deixando de fora da responsabilidade os agentes políticos, quais sejam os parlamentares e os magistrados<sup>98</sup>. Entretanto, data vênia, da análise da Constituição da República e não se consegue encontrar a distinção aludida entre os agentes administrativos e políticos, no que tange à responsabilidade pública. Primeiramente, o caput do art. 37 da Carta Maior aduz expressamente que o regime adiante exposto aplicar-se-á a administração pública direta e indireta de *qualquer dos Poderes* (grifo nosso) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, o §6º do mesmo artigo fala tão somente em *agentes*, atuando *nessa qualidade*, sem qualquer diferenciação. Desta sorte, resta completamente descabido o pensamento aludido.

---

<sup>97</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 628, citando PAUL DUEZ: *“É preciso sustentar a possibilidade jurídica da responsabilidade do Estado em razão do ato parlamentar, isto é, torna-se imperioso defender a idéia de que o simples fato de emanar do Parlamento não é razão suficiente para subtrair um ato ao princípio de responsabilidade do poder público”*. No mesmo sentido, cita ainda Amaro Cavalcanti e Menegale (pág. 630). Veja-se também CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. p. 629: *“Duez havia demonstrado que a regra da irresponsabilidade não repousa sobre razões jurídicas sólidas”*

<sup>98</sup> MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 639.

Outro argumento em prol da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos seria o de que a lei, como norma geral e abstrata, seria incapaz de gerar um dano anormal e especial a algum cidadão ou grupo específico, uma vez que dirigida para toda a comunidade. Desta forma, sendo o objetivo da responsabilização estatal buscar o equilíbrio econômico desfeito pela ocorrência do dano, em se tratando de ato legislativo, tal desequilíbrio não há como manifestar-se. E vai além, ao afirmar que justamente por não ensejar nenhum desequilíbrio, pois destinada a todos, nem mesmo a lei declarada inconstitucional ensejará a reparação dos danos dela advindos<sup>99</sup>.

A estes argumentos contrapõe-se, com imensa vantagem, que a lei nem sempre produz efeitos gerais e abstratos, atingindo, por vezes, um número reduzido de pessoas ou grupos<sup>100</sup>, de forma a caracterizar o desequilíbrio econômico ensejador da responsabilidade, mesmo em se tratando de leis constitucionais.

Quanto às leis inconstitucionais, o fundamento da reparação está no princípio do Estado de Direito, já que não se justifica um legislador acima da própria constituição. Admitir a irreparabilidade dos danos causados pela lei inconstitucional é negar a própria constituição como instrumento de proteção ao cidadão. Mesmo que se trate de dano não especial, é absolutamente necessária a reparação, pura e simplesmente em respeito ao princípio da supremacia da Constituição. Caso contrário, estar-se-ia a admitir que normas tributárias inconstitucionais, por exemplo, poderiam ser tranquilamente aplicadas, sem a menor possibilidade de restituição ou reparação, pelo simples fato de que tal norma atingiu a todos. Isso é o mesmo que desconsiderar o princípio da Legalidade como norteador da ação estatal. Veja-se, portanto, que o fundamento desta reparabilidade não se centra apenas na responsabilidade extracontratual do Estado, mas também no princípio da Legalidade, o qual impede ao Estado de se locupletar das riquezas do cidadão, em dissonância com a Constituição.

---

<sup>99</sup> MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 639.

<sup>100</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 90-97: *“Entretanto, a melhor doutrina admite, em nossos dias, não só a responsabilidade civil do Estado, no caso de lei inconstitucional, da lei que não obedeceu ao processo integral da tramitação legislativa, como também no caso da lei constitucional, formalmente perfeita, mas que, sob a capa da generalidade aparente, acaba por abranger um ou pouquíssimos indivíduos, equiparando-se, pois, de certo modo, ao ato administrativo”*. Cita, este autor, como marco da responsabilização por atos legislativos, em França, o caso “La Fleurette”, no qual *“Uma lei, entre várias medidas destinadas a proteger a indústria de laticínios, ameaçada de colapso total, vedava a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite, em determinados empregos, o que foi atingir em cheio pouquíssimas empresas, como, no caso, a Companhia La Fleurette”*.

Além disso, o legislador é eleito para legislar em consonância com esta, e não ao seu arrepio. Nesse aspecto, rebate-se inclusive o argumento de que o ato legislativo é o próprio exercício da soberania, não podendo sofrer limitações que não sejam a própria constituição. Pois bem, se a norma é declarada pelo órgão máximo do judiciário brasileiro como sendo inconstitucional, torna-se evidente que o limite constitucional foi rompido e o cidadão deve gozar de proteção e reparação frente à tamanha afronta ao Estado de Direito.

Por fim, ao se afirmar que o legislador foi eleito pelo povo e é representante deste, logo ilógico pleitear-se a reparação, responde-se com tranquilidade que o povo elege seus representantes para confeccionarem leis constitucionais, mas não para legislar em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, expressos da Constituição da República<sup>101</sup>.

Conclui-se este tópico remetendo a todos os argumentos até aqui aduzidos para justificar a responsabilidade do Estado como corolário essencial do Estado democrático e de Direito, de tal sorte que afirmar a irresponsabilidade do legislador frente às mais absurdas inconstitucionalidades com que se tem convivido é, a nosso ver, um despropósito com o cidadão e seus direitos garantias constitucionais.

#### **3.4.2. A Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Judiciais.**

Inicia-se este tópico citando dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a respeito da responsabilização do Estado por atos judiciais. Em seguida, espera-se colaborar com algumas reflexões acerca da pertinência dos argumentos apresentados pelos ilustres ministros citados.

*"A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. (...) Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros*

---

<sup>101</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit. p. 625-627.

*pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88.*" (RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-3-02, DJ de 12-4-02)".

*"O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF."* (RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-99, DJ de 29-10-99)".

Primeiramente, mister observar que quando se trata de atos judiciais tem-se em mente todos os atos emanados pelo Poder Judiciário. Tais atos dividem-se em atos jurisdicionais contenciosos, atos jurisdicionais voluntários (não jurisdicionais) e atos administrativos<sup>102</sup>. Contudo, verifica-se que tal classificação não justifica que se enseje a irresponsabilidade quanto a uns e a responsabilização quanto a outros atos, como já se defendeu<sup>103</sup>. Cabe também observar que predomina, no que tange à jurisprudência brasileira, a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, embora doutrinariamente já se possa afirmar que desde há muito tal tendência foi rechaçada<sup>104</sup>.

Como já se afirmou em outro tópico deste trabalho, a defesa da irresponsabilidade do Estado quanto aos atos judiciais não guarda qualquer respaldo na legislação e no que se tem entendido como sustentáculo doutrinário do Estado democrático de Direito, com todo o respeito à doutrina em sentido diverso<sup>105</sup>. Analise-se, doravante, de maneira ampla, todos os aspectos que envolvem a responsabilização estatal por atos judiciais, para que se possa compreender os argumentos que ainda prevalecem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

<sup>102</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit., p. 228. Adota expressamente tal classificação LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária. p. 83, referindo-se ainda à doutrina de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR: *"Tudo que promana do Judiciário é judicial, orgânica ou formalmente considerado. As atividades judiciais esgotam, assim, todas as possibilidades funcionais do Poder Judiciário. As jurisdicionais não. São apenas uma parte das atividades judiciárias"*.

<sup>103</sup> CAVALCÂNTI, T. B. Op. Cit. p. 437-438.

<sup>104</sup> Veja-se a esse propósito a quase exaustiva relação de autores a tratar e admitir a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais em CAHALI, Y. S. Op. Cit. p. 593-594: *"O que se tem como certo, contudo, é que vem-se acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária, com reflexos antecipatórios na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos conseqüentes de suas falhas e omissões na prestação jurisprudencial"*.

<sup>105</sup> CAHALI, Y. S. Idem, p. 597, citando JOSÉ DE AGUIAR DIAS: *"Bielsa, estudando o problema do erro judiciário, começa por observar que não é possível compreender sistema integral de justiça sem que se atenda ao sacrifício individual injusto. A exigência de reparação dos erros dos juízes assenta em pressuposto jurídico-político indiscutível: "A mesma solidariedade que nasce em face do perigo e do delito, deve surgir ante a inocência castigada".*

para defender a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, assim como a sua inafastável refutação.

Encontra-se na doutrina da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, sejam eles comissivos ou omissivos, vários argumentos para se afastar reparabilidade do dano advindo da prestação judicial, quais sejam: o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e despreocupados se sua atuação irá ou não ensejar responsabilização do Estado; o magistrado não é servidor público; a inexistência de lei específica impede a responsabilização; a falibilidade contingencial dos juízes; o conluio das partes na simulação de litígios; a incontestabilidade da coisa julgada<sup>106</sup>.

O primeiro e mais corriqueiro argumento a sustentar a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados por atos judiciais é o de que o Poder Judiciário é soberano. A atividade jurisdicional é desenvolvida com base na soberania e justamente por tal motivo os danos decorrentes deste exercício não poderiam resultar na responsabilização estatal.

Todavia, convém observar que a soberania deverá ser exercida tendo em vista o pleno desenvolvimento e a defesa da dignidade da pessoa humana. O Estado democrático e de Direito visa, justamente, proteger o cidadão de toda e qualquer forma de tirania e opressão ao garantir a supremacia dos valores constitucionais e do direito. Como visto no início deste trabalho monográfico, o poder do Estado é uno e indivisível<sup>107</sup> e a tripartição das funções estatais visa justamente assegurar que o poder controle o poder, num sistema de freios e contra-pesos, de forma a impossibilitar que o cidadão veja-se acuado e oprimido pela máquina pública. Lembre-se, inclusive, que o parágrafo único do art. 1º da nossa Constituição

---

<sup>106</sup> Nesse sentido ver GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. p. 845-846. Também MEDAUAR, O. Op. Cit. p. 442: "*No ordenamento pátrio a responsabilização do Estado por danos oriundos dos atos jurisdicionais ainda não encontrou guarida, apesar de rica elaboração doutrinária em sentido favorável*".

<sup>107</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade por atos judiciais. p. 131: "*A soberania é um atributo da pessoa jurídica Estado, de forma una, indivisível e inalienável*".

da República reconhece que todo poder emana do povo<sup>108</sup> e, portanto, não será a soberania o argumento a justificar o desamparo do indivíduo frente ao Estado<sup>109</sup>.

No mesmo sentido, aceitar o argumento da soberania do Poder Judiciário obrigaria à sua aplicação para os demais Poderes do Estado, quais sejam o Legislativo e o Executivo. Principalmente quanto a este, exaustivos são os argumentos apresentados neste documento para afastar quaisquer teorias regalengas, inaceitáveis na doutrina e também na jurisprudência há mais de um século. Ou então, a responsabilização por atos do Executivo e do Legislativo frente à irresponsabilidade pelos atos judiciais obrigaria a reconhecer o Judiciário como um Poder superior em relação aos demais, conclusão absurda que dispensa maiores considerações. Cumpre salientar que não há qualquer antinomia entre a responsabilidade do Estado e a soberania<sup>110</sup>. O poder concedido pelo povo ao Estado para que este desempenhe a função jurisdicional tem como objetivo garantir o pleno desenvolvimento da justiça e não poderá ser utilizado para justificar a iniquidade.

O segundo argumento a sustentar a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais é o que afirma a independência do magistrado. Não haveria como responsabilizar o Estado pelos atos judiciais sem perturbar a atividade profissional do magistrado, sempre receoso de estar comprometendo o Estado a indenizar o jurisdicionado. Todavia, tal argumento é insustentável.

<sup>108</sup> SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. p. 123: *“Significava poder absoluto quando o fundamento do poder do monarca estava na ordem divina. Nessa ótica, como o poder de Deus era infinito, o poder de seu representante na Terra, isto é, o Rei, também o era. Mas isso é coisa do passado. Hoje, são uníssonos os ensinamentos de que: **“Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”** (os grifos não são nossos).*

<sup>109</sup> CAHALI, Y. S. Op. Cit. p. 629, referindo-se à doutrina de DUEZ: *“Mas tal enunciado – assevera – contém mero verballismo; ademais, acima do Poder Público, acima dos órgãos pelos quais se manifesta a soberania, existe um direito superior, que a ninguém é lícito violar; a consciência jurídica moderna tem a nítida percepção de que é necessário introduzir o princípio da responsabilidade entre as normas desse direito superior; a questão está em determinar os contornos dessa responsabilidade, mas em todo caso, o argumento fundamental da soberania não satisfaz ao publicista no nosso século”.*

<sup>110</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit., p. 628: *“Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade”.* CAHALI, Y. S. Idem, p. 633, citando a lição de SENTO SÉ: *“A soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado de indenizar os prejuízos oriundos dos seus atos: a) porque é uma concepção ultrapassada a de que existe antinomia entre a responsabilidade e a soberania; b) porque, a prevalecer o argumento, a prerrogativa não seria apenas do Judiciário, mas também do Executivo, em relação ao qual ninguém sustenta, hoje, o privilégio”.* No mesmo sentido THOMPSON FLORES LENZ, Carlo Eduardo. Responsabilidade do Estado por atos judiciais *in* rev. Inf. Leg. – a.35 n. 138 –, citando JOSÉ DE AGUIAR DIAS.



Primeiramente, cumpre esclarecer em que consiste a liberdade do juiz. Esta, em sentido amplo, assume duas estampas: a independência política, que garante a autonomia funcional e financeira do Poder Judiciário frente aos demais, a que se refere o art. 99<sup>111</sup> da Constituição da República; e a independência jurídica, que consiste nas medidas voltadas a garantir a imparcialidade do magistrado na tomada de suas decisões. São exemplos de tais medidas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Quer parecer que a responsabilização do Estado por atos judiciais vem justamente a corroborar com a independência do magistrado, assegurando que os erros e faltas atribuíveis à falibilidade humana venham a ser indenizados pelo erário e repartidos entre todos os cidadãos, enquanto encargo social<sup>112</sup>.

Afetaria à liberdade do juiz a sua responsabilização pessoal, a qual comprometeria o patrimônio do próprio magistrado<sup>113</sup>. A responsabilização do Estado, muito ao contrário, assegura o pleno e livre convencimento do magistrado frente ao caso concreto, certo de que só responderá pessoalmente, em ação regressiva, nos casos em que atue com dolo ou culpa. Ainda, a independência do magistrado é inaceitável como argumento a afastar a responsabilidade do Estado, sob o pretexto de causar ao magistrado o temor de causar dano ao erário. Se assim fosse, tal temor poderia ser alegado também pelos membros do poder legislativo e executivo, o que não se mostra plausível contemporaneamente, nem doutrinária nem jurisprudencialmente. Por fim, interessante ressaltar que não se observa qualquer ordem de prejuízo para a independência dos juízes nos países que adotam a responsabilização estatal por atos judiciais<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> CR, Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

<sup>112</sup> A respeito da independência do magistrado ver SERRANO JÚNIOR, O. Op. Cit. p. 125-130.

<sup>113</sup> DIAS, J. de A. Op. Cit. p. 628. No mesmo sentido DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 153, citando a doutrina de JOÃO SENTO SÉ: *“A independência dos magistrados não explica a imunidade. Quando muito, ela serviria para justificar a irresponsabilidade pessoal do juiz, como acontece nos Estados Unidos, onde tal irresponsabilidade é admitida, entre outros motivos pelo temor de uma influência ilegítima sobre a decisão judiciária. O argumento, porém, é imprestável no que toca ao direito brasileiro, que firma expressamente a responsabilidade pessoal do julgador. Não há oposição entre a responsabilidade do Estado e a independência dos magistrados. A responsabilidade quanto aos atos judiciais somente é cabível quando verificados certos pressupostos, como sucede de referência à responsabilidade do Poder Público em geral.”*

<sup>114</sup> AGUIAR JUNIOR, R. R. Op. Cit. p. 16, *“A importância e o interesse da disputa entre as correntes antagônicas sobre a responsabilidade do Estado por atos de seus juízes, no Brasil, deve diminuir sensivelmente diante da nova realidade exposta no capítulo anterior, onde se viu que inúmeros ordenamentos jurídicos europeus admitem tal responsabilidade e passaram a regulamentá-la. É difícil conceber que, nesses países, com as alterações introduzidas na legislação, ficou abalada a soberania ou se perturbou a independência e a liberdade de seus Juízes”*.

Outro argumento apresentado pela tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais seria o fato de o juiz não configurar-se como agente público. Aliás, antes disso, o próprio Poder Judiciário não se configuraria como um serviço público, mas sim um órgão da soberania nacional. Com todo respeito, esta idéia não guarda qualquer respaldo nem jurídico, nem lógico. Senão veja-se.

Já discutiu-se acerca da unidade e indivisibilidade do poder Estatal. Concluiu-se também que a divisão dos órgãos do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário trata-se de importante atribuição de competências e que, de certa forma, resumem as três principais funções estatais. Há pouco aduziu-se acerca da soberania estatal, demonstrando que esta expressão do poder popular em nada interfere na responsabilização do Estado pela conduta de seus agentes. Desta sorte, afirmar que o Judiciário é um órgão da soberania nacional é o mesmo que nada dizer. Todos os órgãos do Estado, em suas condutas comissivas e omissivas, são a representação da soberania nacional, independente de o ato ter caráter executivo, legislativo ou judiciário e tal fato não poderá, de modo algum, permitir que o cidadão arque com um dano injusto provindo da administração da justiça. Portanto, não será este o argumento a justificar a irresponsabilidade pelos atos judiciais enquanto exclui os atos executivos e legislativos deste privilégio regalista.

Veja-se doravante qual será a natureza da prestação jurisdicional, tendo em conta sua monopolização por parte do Estado. É sabido que o Estado moderno, tendo em vista a pacificação social e a equânime solução dos conflitos ocorridos no seio da sociedade, monopolizou a prestação jurisdicional. O Estado assume para si a responsabilidade de resolver os conflitos ocorridos entre os cidadãos, proibindo a auto-tutela dos interesses individuais. Uma vez imposta a prestação jurisdicional pelo Poder Público, não restando ao cidadão a possibilidade de realizar a justiça à sua forma, inevitável concluir que o serviço judiciário é uma espécie de serviço público<sup>115</sup>. No que tange à responsabilidade, portanto, não há motivo para diferenciar a conduta provinda do Poder Executivo e a do Poder Judiciário.

---

<sup>115</sup> DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 113: “Se a prestação da tutela jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, em caráter obrigatório, não podendo os particulares “fazer justiça” de mão própria, o serviço judiciário configura, inequivocamente, um serviço público”. Mais adiante, p.114, citando as lições de JUARY C. SILVA: “ Efetivamente, aceito que o Estado, no desempenho da função jurisdicional, desenvolve um serviço público – o que temos por irrecusável e óbvio – depreende-se que o Estado jurisdição é tão responsável pelos atos lesivos, quando o é, no respeitante aos seus, o Estado Administração. Realmente, todo o serviço público implica a idéia de

Da análise da entrega da prestação jurisdicional, cujo ponto culminante vem a ser a sentença, observa-se que esta, muito mais que mero ato proferido pelo juiz, é o resultado de todos os atos processuais realizados por toda ordem de serventuários e auxiliares da Justiça. Deste ângulo, mais evidente ainda a natureza de serviço público da prestação jurisdicional<sup>116</sup>.

Tido como incontestado que a função jurisdicional monopolizada pelo Estado constitui serviço público, inviável não se conceber o juiz e os serventuários da justiça como agentes públicos. Como visto acima, ao se tratar do alcance da letra do §6º do art. 37 da Constituição, estão compreendidos no termo agente: a) agentes políticos, amplamente considerados; b) toda a gama de servidores públicos, considerados em sentido amplo e, ainda; c) as pessoas físicas que colaborem com prestação de serviços públicos, com ou sem remuneração, independentemente do vínculo jurídico. Tendo isto em mente, mesmo que se classificassem os juízes como agentes políticos em sentido amplo, ainda assim seriam alcançados pela norma constitucional referida<sup>117</sup>. Para finalizar, no dizer de ADAUTO ALONSO S. SUANNES, ... *somente uma visão medieval do juiz, um ente acima do bem e do mal, com o "jus vitae necisque" que a laicização da sociedade não pode permitir*<sup>118</sup>, poderia justificar privilégios regalistas para este agente em detrimento do cidadão lesado.

---

*responsabilidade de que o executa, em qualquer modalidade, em face da jurisdicização da atividade estatal e da submissão do Estado ao Direito, nos moldes do constitucionalismo subsequente à Revolução Francesa.* Ainda CAHALI, Y. S. Op. Cit. p. 604, citando acórdão do TJSP, 2ª C. Re. Vasconcellos Pereira, 28.01.94, que aduz: *"Em festejada obra, o ilustre Jurista Desembargador Yussef Said Cahali pontifica: "a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais" ... Daí calhar propositado o magistério de Cretella Júnior: "Pelos prejuízos que os atos judiciais causam aos administrados, responderá o Estado, quer se prove a culpa ou dolo do magistrado, quer os danos sejam ocasionados pelo serviço de administração da Justiça, que é, antes de tudo, um serviço público do Estado" ("Responsabilidade do Estado por atos judiciais", RDA, 99/13)". Também AGUIAR JÚNIOR, R. R. Op. Cit. p. p. 16, citando a lição de Alberto Bittecourt Cotrim Neto: "O Judiciário presta um serviço público, isso é inegável, e o Juiz é o seu principal agente".*

<sup>116</sup> SILVA, J. C. Op. Cit. p. 121.

<sup>117</sup> SERRANO JÚNIOR, O. Op. Cit. p. 131, citando os ensinamentos de DI PIETRO: *"Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo agente para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado"*. No mesmo sentido JÚNIOR, R. R. Op. Cit. p. 19, citando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Também DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 117, citando JUARY C. SILVA: *"Todo aquele que, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha atividade considerada pelo Estado como pertinente à sua condição e prerrogativa de Poder Público, será, enquanto a desempenhar um Agente Público"*.

<sup>118</sup> Citado por SERRANO JÚNIOR, O. Op. Cit. p. 130.

Quanto à impossibilidade de responsabilização pela inexistência de lei específica, tal argumento não poderá prevalecer num Estado Constitucional. Primeiramente porque ninguém contesta que a Constituição é a lei maior do país e deverá prevalecer sobre qualquer norma infra-constitucional. Além disso, conforme o art. 5º, §1º da nossa Carta Magna, “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, e, conforme o inciso V deste mesmo artigo “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”<sup>119</sup>. Também, conforme lembra o memorável voto do Ministro Aliomar Baleeiro, o art. 113 do CPC “*o juiz não poderá, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças*”<sup>120</sup>. Entretanto, o mesmo saudoso ministro no mesmo voto já alegava não se tratar de ausência de lei para julgamento, mas sim de aplicação do Direito Positivo do país, uma vez que o tema já era regulado em nível constitucional<sup>121</sup>. Quanto ao art. 133 do Código de Processo Civil<sup>122</sup>, independente da discussão a respeito da sua recepção ou não na nova ordem Constitucional, a qual fugiria por certo dos limites deste trabalho científico, certo é que não trata da responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, mas pura e simplesmente da responsabilidade pessoal do magistrado.

Outra razão que justificaria a irresponsabilidade é a falibilidade contingencial dos juízes. Por este raciocínio, não deve o magistrado, tampouco o Estado, responder pelos erros e falhas na prestação jurisdicional<sup>123</sup> pelos simples fato do juiz estar sujeito ao erro, como qualquer outro ser humano. Cabe reconhecer, em

<sup>119</sup> SILVA, J. C. Op. Cit. p. 216, citando a doutrina de LÚCIO BITTENCOURT: “*a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da lei, mas para que esta seja eficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que indireta ou mediamente, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias.*”.

<sup>120</sup> Tal preceito é hoje expresso pelo art. 126 do CPC nos seguintes termos: “*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

<sup>121</sup> O citado voto do digníssimo Ministro encontra-se em LOUREIRO FILHO, L. da S. Op. Cit. p. 112-113.

<sup>122</sup> Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

<sup>123</sup> DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 146, afim de refuta-las, cita as razões de PEDRO BATISTA MARTINS: “*Tornar o juiz civilmente responsável é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar. Nem o juiz, nem o Estado que houver investido na função, responde pelos danos causados em consequência do erro judiciário. Se assim não fôsse, o exercício da judicatura não seria possível, porque os juízes são contingentes e estão sujeitos, na apreciação dos fatos, a errar como qualquer outro mortal*”.

primeiro plano, a contradição entre os argumentos de soberania da prestação jurisdicional, historicamente vinculada à natureza divina da função de julgar, antes atribuída ao rei absolutista, superior e mais nobre que as demais prestações estatais; e o reconhecimento da humanidade, sujeita a errar, do magistrado, na defesa do argumento da falibilidade contingencial do juiz. Ora, todos sabemos que os juízes estão, como qualquer outro ser, sujeitos ao erro na execução de seus propósitos. Todavia, permitir que este fator desonere o Estado, assim como o magistrado nos casos de dolo ou culpa, do dever de indenizar o injustamente lesado, seria admitir a falência do instituto da responsabilidade civil. Obviamente, todos são sujeitos a erros e justamente por isso guardamos o respectivo dever de indenizar ou reparar àqueles que não merecem pagar pela nossa falibilidade. No caso em tela, privilegiado é o magistrado, que só responderá pessoalmente nos casos de dolo ou culpa, seguro de que os custos das demais falhas do serviço judiciário serão equanimemente repartidos entre os sujeitos da comunidade.

Alega-se, inclusive, tendo em vista a irresponsabilidade do Estado por atos do Judiciário, que responsabilização poderia motivar o conluio das partes na simulação de litígios, tendo em vista a indenização estatal. De fato, tal risco existe. Entretanto, não será a possibilidade de fraude por parte de alguns a razão justificadora do desamparo de todos, frente aos danos provindos da prestação jurisdicional<sup>124</sup>.

Por fim, para definitivamente afastar a tese da irresponsabilidade do Estado pelos danos causados por atos judiciais, deve-se analisar a inconstitucionalidade da coisa julgada, de fato, talvez o único argumento que guarde certa plausibilidade<sup>125</sup>. Tal argumento consiste em afastar-se a responsabilidade do Estado por atos judiciais tendo em vista que admiti-la ofenderia de plano o princípio da coisa julgada<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 129, citando PHILIPPE ARDANT, também lembrado por ODONÉ SERRANO JÚNIOR: *“O temor de que alguns indivíduos se beneficiem de forma ilegítima de uma indenização, reconhecida como justa em seu princípio, não deve privar um maior número de pessoas da reparação que merecem”*.

<sup>125</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit. p. 628: *“O argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa a coisa julgada”*.

<sup>126</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. cit. p. 236, citando PEDRO LESSA: *“Já o mesmo princípio não vigora em relação aos atos do Poder Judiciário. A irresponsabilidade do poder público, neste caso, é um corolário fatal da autoridade da res judicata”*.

Primeiramente se deve observar que tal posicionamento doutrinário só faz sentido se analisado em relação à coisa julgada material, uma vez que a coisa julgada formal presta-se apenas para gerar efeitos endoprocessuais<sup>127</sup>.

Considerando a coisa julgada material, apesar de aparentemente convincente, tal assertiva não se sustenta frente à análise mais aprofundada. Primeiramente, mesmo que admitida a citada tese em todas as suas razões, teríamos que delimitar o campo de sua incidência apenas à sentença, única espécie de ato processual dotada de tal qualidade<sup>128</sup>. Mais especificamente, poderíamos restringir ainda mais sua aplicabilidade ao reconhecer que nem toda a sentença goza deste atributo, mas tão somente aquelas que apreciam e julgam o mérito da causa<sup>129</sup>. Desta sorte, mesmo que admitida a tese da incontrastabilidade da coisa julgada, conclui-se que seu âmbito de incidência é extremamente restrito.

Todavia, as críticas a citada teoria não se restringem ao seu campo de incidência. Pela simples existência das ações revisionais, na esfera criminal, e rescisória, no âmbito civil, já se pode concluir que para o nosso ordenamento a coisa julgada não tem caráter absoluto e deverá ser sopesada aos demais princípios constitucionais e mesmo frente à realidade material. Isso nos diz que, mesmo em se tratando de danos advindos de sentença que tenha apreciado o mérito e, portanto, dotada das prerrogativas da coisa julgada, uma vez reformada por ação revisional ou rescisória, tal atributo não se mostra legítimo a justificar a irresponsabilidade.

Caberia então alegar a teoria da incontrastabilidade da coisa julgada como sustentáculo da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais estritamente para as sentenças de mérito proferidas há mais de dois anos, hipóteses em que estaria

---

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz – Manual do Processo de Conhecimento. p. 612: “Naturalmente, a coisa julgada material tem como pressuposto inafastável a coisa julgada formal. Todavia, a imutabilidade que realmente tem relevância é aquela caracterizada externamente ao processo (decorrente da coisa julgada matéria)”.

<sup>128</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 237, baseado em PAUL DUEZ: “A primeira vista, com efeito, o argumento da *res judicata* impressiona, mas não resiste a análise mais profunda. Supondo-o plenamente fundado em suas bases, não chega a justificar tôdas as soluções atuais referentes à irresponsabilidade. Não é suscetível de aplicar-se a não ser aos atos jurisdicionais propriamente ditos, os únicos que empenham a autoridade da coisa julgada”.

<sup>129</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. – Op. Cit. p. 614: “Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de “declarar” a existência ou não de um direito (em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova), o seu juízo – que na verdade formará uma “declaração sumária” – não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada”.

prescrito o direito de ação revisional e rescisória<sup>130</sup>. Todavia, mesmo nestes casos, veremos hipóteses em que a responsabilização do Estado, antes de ofender a coisa julgada, a homenageia e valoriza. Imaginemos os casos de sentença penal absolutória de réu preso preventivamente, por exemplo<sup>131</sup>.

Além dos motivos expostos acima, imperioso notar que a ação indenizatória proposta contra o Estado não ofenderia a coisa julgada de nenhuma forma, por tratar-se de ação de partes, causa de pedir e pedido diversos da ação ensejadora do dano. Nesse sentido, a manutenção da antiga sentença e da qualidade de caso julgado, em nada impedem o lesado de buscar sua reparação<sup>132</sup>. Pense-se num exemplo. Guilherme foi condenado a pagar alimentos a Ronaldo, suposto filho seu, ainda na década de 80. Mais de dez anos passados, surge a possibilidade de se atestar de maneira mais fidedigna a paternidade do garoto, via exame de DNA. Embora comprovado que Guilherme não é o pai biológico de Ronaldo, seria “pai”, entretanto, para fins de alimentos, pois não há como reformar a sentença transitada em julgado a mais de dois anos. Este é um caso típico a justificar a indenizabilidade do injustamente lesado mesmo frente às sentenças que gozem do caráter da coisa soberanamente julgada, qual seja aquelas para quais já prescreveu o direito à reforma da decisão. Entre Guilherme e Ronaldo continua a valer a relação jurídica de paternidade para fins de alimentos imposta pela coisa julgada material. O que muda é que nascerá, após ação indenizatória, outra relação entre Guilherme e o Estado, na qual este ressarcirá aquele, haja vista a prestação jurisdicional manifestamente injusta. É esta a alternativa mais adequada aos princípios constitucionais e com a própria idéia de acesso a justiça, uma vez que o processo não pode se prestar a legitimar injustiças manifestas, apenas para resguardar sua coerência lógica e “científica”, mas antes, deve proporcionar caminhos eficazes de

---

<sup>130</sup> DERGINT, A. do A. Op. Cit. p. 144: “Já no caso de coisa “soberanamente julgada”, a decisão não mais poderá ser rescindida. Somente aqui pode-se falar de res iudicata incontestável”. E pondera, em nota de rodapé, “... que em matéria criminal, a revisão não encontra limite na coisa julgada, podendo ser requerida a qualquer tempo”.

<sup>131</sup> CRETILLA JUNIOR, J. Op. Cit. p. 237, citando DUEZ: “A indenização em virtude de erro judiciário nem sempre é incompatível com o princípio da autoridade da coisa julgada. Bem ao contrário, há casos em que a outorga da indenização é precisamente uma homenagem a esse princípio. Num julgamento absolutório, o indivíduo perseguido em Juízo se beneficia com tal julgamento, reclama a indenização”.

<sup>132</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit. p. 628: “Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário.”.

acesso à Justiça. Interessante observar ainda que o monopólio da jurisdição às mãos do Estado é um encargo assumido pelo Estado moderno, exercido em benefício de todos, tendo em vista buscar a justiça e impedir a tirania do mais forte sobre o mais fraco. Os riscos desta atividade, quais sejam as prestações jurisdicionais causadoras de danos injustos, portanto, devem ser repartidos entre toda a comunidade, tendo em vista o princípio da justa distribuição dos encargos sociais.

Encerra-se este tópico concluindo pela plena reparabilidade dos danos injustos causados por atos judiciais, inclusive os jurisdicionais, por não se encontrar argumentos suficientes para diferenciá-los, no que tange ao regime constitucional de responsabilidade pela conduta dos agentes do Estado, dos atos do poder Executivo, para os quais não se contesta o dever de responder objetivamente pelos danos causados. Em outras palavras, defende-se a responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais com base no mesmo fundamento que sustenta a responsabilidade objetiva pelos atos administrativos, qual seja, a justa distribuição dos encargos públicos.



#### 4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.

##### 4.1. BREVE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.

Foi buscando superar as deficiências do antigo procedimento ordinário, incapaz de prover uma adequada tutela de urgência, que o Estado-legislador concebeu a antecipação de tutela, positivada no art. 273 do CPC. Mais que isso, através da técnica da antecipação foi possível conceber uma equânime distribuição do ônus do tempo do processo<sup>133</sup>. Em outras palavras, o antigo procedimento ordinário, lento, sempre prejudicou o autor que tinha razão, mesmo quando muito improvável a tese da defesa, mesmo quanto à parcela incontroversa da demanda, mesmo quando manifestamente protelatórios os recursos interpostos pelo réu e mesmo quando o bem jurídico a ser tutelado necessitasse de tutela urgente. Todo o tempo do processo era suportado injustamente pelo autor que provavelmente tinha razão, em benefício da improvável existência do direito do réu.

No antigo procedimento ordinário, de raízes medievais, valorizava-se a segurança jurídica, mesmo que em detrimento da efetividade do processo<sup>134</sup>. O juiz deveria julgar somente após encontrar a “verdade”, fato este “possível” após a colheita e apreciação das provas produzidas em contraditório. Este mito, no entanto, não se sustentou frente à análise mais profunda, a qual demonstrou que mesmo

---

<sup>133</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. Op. Cit. p. 196-198: “Em última análise, é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para a timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão”.

<sup>134</sup> SILVA, Ovídio Batista da. Curso de Processo Civil, vol. 3. p. 20: “Embora caiba ao legislador basicamente fazer a opção entre as duas alternativas indicadas anteriormente, a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena. E, não obstante os sistemas jurídicos tradicionais tenham dedicado pequena importância às formas de tutela urgentes, particularmente, as codificações do século XIX, propaga-se hoje o entendimento de que a tutela cautelar atípica “costituisca uma componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale”, sempre que houver risco de dano irreparável, de modo que “nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni moderno sistema processuale” (ANDREA PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, RDC, p. 114-115)”.

após a realização plena do contraditório, o juiz poderá encontrar-se, ainda, em situação de dúvida<sup>135</sup>. Além disso, não se trata da supressão da realização plena do contraditório, mas apenas de sua postecipação, a fim de melhor distribuir o ônus do tempo do processo entre os litigantes, tendo em vista beneficiar o direito mais provável e a proporcionalidade entre os bens jurídicos envolvidos no litígio, quando algum destes estiver na iminência de dano irreparável. Por fim, cabe ainda, em elogio ao novel instrumento, argumentar que a proteção dos direitos sociais, de terceira geração ou de solidariedade<sup>136</sup> demanda instrumentos capazes de tutelá-los<sup>137</sup>, dentre os quais se enquadra a antecipação de tutela<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. Op. Cit. p. 206: “A execução, neste sentido, sempre dependeu da “certeza jurídica” – que é uma ilusão, pois qualquer pessoa mais atenta pode constatar que o juiz, mesmo após a produção das provas e ao final do procedimento comum de conhecimento, pode estar envolvido em situação de dúvida. Explica-se: a idéia da busca da “certeza jurídica” somente foi lançada para encobrir o fato de que não se confiava no juiz, temendo-se que ele pudesse arbitrariamente proteger o autor em detrimento do réu; exatamente por essa razão a doutrina não admitia a realização do direito antes de ter sido dado ao réu ampla oportunidade de produção de prova.”.

<sup>136</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto. p. 783: “... os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida.”.

<sup>137</sup> No mesmo sentido SILVA, Ovídio B. Op. Cit. p. 22: “Fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca das formas de tutela urgente. Dentre os primeiros, basta recordar o processo de modernização da sociedade brasileira, com o crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas e o correlativo surgimento de uma sociedade de “massa”, em constante processo de mudança social, a exigir instrumentos jurisdicionais adequados e efetivos, capazes de atender às aspirações de uma sociedade moderna e democrática”. GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. Idem p. 784: “Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico...”; No mesmo sentido SILVA, Ovídio B. Op. Cit. p. 22: “Fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca das formas de tutela urgente. Dentre os primeiros, basta recordar o processo de modernização da sociedade brasileira, com o crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas e o correlativo surgimento de uma sociedade de “massa”, em constante processo de mudança social, a exigir instrumentos jurisdicionais adequados e efetivos, capazes de atender às aspirações de uma sociedade moderna e democrática”.

<sup>138</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. Op. Cit. p. 198: “A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direito” e que também tem que entender – para cumprir sua função – de deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de CALAMANDREI, sistematizando as providências cautelares”.

Em síntese, a antecipação de tutela é uma técnica processual que visa dar efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça. Logo, é um instituto do direito processual criado em benefício de toda a coletividade, uma vez que poderá servir de instrumento para a tutela de diversos tipos de direitos materiais. Na maior parte dos casos, classifica-se como uma tutela de caráter provisório, que tem em mente proteger bens jurídicos de grande relevância frente à iminência de grave dano irreparável ou de difícil reparação, além de distribuir de maneira justa o pesado ônus do tempo do processo.

#### 4.2. O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO.

Ninguém questiona que vivemos em um Estado Constitucional e que os princípios definidos pelo constituinte como fundamentais à dignidade da pessoa humana, não poderão deixar de ser observados por qualquer que seja o agente público, como também pelo cidadão. Outro ponto pacífico é o de que a aplicação do princípio da igualdade, entendida esta como a igualdade substancial, no mais das vezes, requer tratamento diferenciado entre os desiguais<sup>139</sup>. Nesse sentido, não há como pensar o princípio do acesso a justiça apenas como o direito dado ao cidadão de bater às portas do Poder Judiciário com a sua demanda, o que, apesar de fundamental, não basta para garantir um efetivo acesso à justiça material e a realização do princípio da igualdade<sup>140</sup>. O real acesso à justiça<sup>141</sup>, ou o direito fundamental de ação, demanda uma justiça célere, capaz de garantir ao autor uma decisão justa e num prazo que leve em conta as necessidades do caso concreto<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre o Princípio da Igualdade consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 2005.

<sup>140</sup> ALVES, Vilson Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário – Tomo II - p. 294: “Nesse sentido, não basta o mero acesso formal ao Poder Judiciário, mas o acesso que propicie efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça”.

<sup>141</sup> CR, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>142</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. p. 22: “O principal problema da justiça civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.”.

Foi nesse sentido, inclusive, que se posicionou o poder constituinte derivado, ao editar o inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna<sup>143</sup>.

Tendo em mente o princípio da igualdade no âmbito do processo, consagrou-se em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no art. 273 do Código de Processo Civil<sup>144</sup>, a antecipação da tutela, sustentada nos princípios constitucionais da igualdade, do acesso à justiça e da efetividade do processo. É o instituto processual civil que enseja o dever de o juiz conceder liminarmente os efeitos do pedido do autor, sempre que presentes os pressupostos necessários, : a) nos casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) nos casos de abuso do direito de defesa e; c) referente à parcela incontroversa da demanda.

Afirma-se que a antecipação de tutela é um dever, já que, embora o art. 273, caput, §6º e §7º, prescreva que o juiz “poderá” conceder a antecipação, se se levar em conta os princípios constitucionais que embasaram a criação deste instituto processual, ver-se-á que negar a antecipação, quando presentes os pressupostos de sua admissibilidade, seria o mesmo que negar o acesso à justiça e ferir, escancaradamente, o princípio da igualdade<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> CR, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004).

<sup>144</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

<sup>145</sup> ALVES, V. R. Op. Cit. p. 294: “*Impende observar que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não constitui faculdade, muito menos se insere em qualquer esfera de poder discricionário do Juiz. Evidentemente, cabe a ele apreciar a coexistência ou não de seus pressupostos. Preenchidos, segundo o art. 273, pr., inc. I ou inc. II, tem a parte o direito a que ela se verifique*”. No mesmo sentido MARINONI, L. G. Antecipação da Tutela, p.26: “*O Estado, ao proibir a*

#### 4.3. AS HIPÓTESES LEGAIS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O REGIME DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.

Em que pesem todas as vantagens da antecipação de tutela para a plena realização do direito de acesso à justiça e efetivação do princípio da igualdade no âmbito do processo, protegendo os bens jurídicos mais preciosos frente ao ordenamento jurídico e distribuindo de forma equânime o longo tempo do processo, não há dúvidas que da concessão ou da não concessão injustas da tutela antecipada, provirão danos aos litigantes. Por basear-se em cognição sumária, aumentam as chances de decisões equivocadas pelo magistrado. Sim, porque se se afirma que mesmo após a realização plena do contraditório será impossível ao juiz alcançar a verdade, muito mais difícil será alcançar tal mister através de um juízo de verossimilhança, entendido este como o decorrente de procedimento sumário.

Quanto à responsabilização do Estado por qualquer ato judicial, seja ele judicial em sentido estrito ou jurisdicional, bastariam as reflexões aduzidas em tópico próprio, *supra*<sup>146</sup>, o qual já justifica, a contento, o dever de o Estado reparar os cidadão, frente à conduta dos agentes do Poder Judiciário. Todavia, analise-se, especificamente, o regime de responsabilidade aplicável quanto aos danos injustos que poderão decorrer do novel instituto da antecipação de tutela.

Da análise do instituto depreendem-se duas situações que merecem nossa apreciação, no que tange à responsabilidade do Estado pelos danos causados, quais sejam:

a) Nos casos em que solicitada pela parte autora a antecipação da tutela pretendida e estando presentes os pressupostos para a sua concessão, sendo esta negada pelo Estado-juiz, e sobrevindo o dano que justamente a parte quis evitar ao solicitar a antecipação, caberá a responsabilidade do Estado por ato judicial?

Ou então:

b) Uma vez concedida a antecipação da tutela, vindo a se concluir, ao final do processo, que tal antecipação não deveria ter sido concedida por restar razão ao réu, o dano gerado para este caberá ao Estado reparar?

---

*autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve (grifos nossos) fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.”.*

<sup>146</sup> Ver *supra*, item 2.4.2. A Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Judiciais. p.44-54.

Analise-se detidamente as questões em cada uma das hipóteses de antecipação de tutela contempladas pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, em tópicos específicos a seguir.

#### **4.3.1. Responsabilidade Extracontratual do Estado, por omissão, pelo indeferimento injusto do pedido de antecipação de tutela.**

Em regra, três são os casos que poderão ensejar a responsabilização do Estado pela negação de tutela antecipada, quais sejam: quando verificado o dano que o autor buscou evitar pela via da antecipação de tutela; pelos danos provenientes da demora do processo, nos casos em que o direito do autor se evidencie de plano e a demora do processo se deva à prova que ao réu cabe produzir e; quanto à parcela incontroversa da demanda. Analisemos cada um dos casos e verifiquemos qual o regime de responsabilidade aplicável.

Há casos em que, para que se possa tutelar um direito ameaçado de violação, faz-se necessário que o Estado se valha de técnicas que disponibilizem o resultado pretendido pelo autor, imediatamente. É o caso, por exemplo, do cidadão que precisa de uma prótese coronária imediatamente, para evitar a morte, e a empresa responsável pelo plano de saúde respectivo insiste que este não cobre tal tipo de prótese e procedimento. Caso deseje o magistrado, antes de conceder o bem da vida almejado pelo autor, realizar amplamente o contraditório, pode ser que o autor vença a demanda, mas não esteja mais vivo para exercer o seu direito à prótese em questão. Foi para solucionar este problema que o legislador elaborou o inciso I do art. 273 do CPC, condicionando a concessão da antecipação ao cumprimento de dois requisitos: a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável.

Por prova inequívoca só se poderá entender aquela que seja suficiente para convencer o magistrado da verossimilhança da alegação. Além disso, deverá o magistrado considerar, quando da análise da verossimilhança da alegação, conforme MARINONI e ARENHART, o valor do bem jurídico ameaçado; a

dificuldade do autor provar sua afirmação; a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência e; ainda; a própria urgência descrita<sup>147</sup>. Quanto ao segundo requisito, é dever do magistrado verificar, tendo sempre em mente as particularidades do caso concreto, se há, efetivamente, o “periculum in mora” alegado pelo autor.

Casos há, por outro lado, em que nenhum direito material esteja sendo ameaçado de dano iminente. Todavia, para que se realize o ideal de uma justiça efetiva, torna-se imprescindível que o tempo do processo seja distribuído entre os litigantes de maneira equânime. Nos casos em que o autor prova, de plano, a existência do direito alegado ou, em outras palavras, demonstra os fatos constitutivos do direito afirmado, já cumpriu de maneira satisfatória o ônus probatório lhe imposto pelo art. 333 do CPC<sup>148</sup>. Como cabe ao réu a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, o tempo despendido para a produção destas provas deve igualmente ser suportado pelo réu. Em outros termos, a antecipação da tutela permite que o tempo do processo seja distribuído, assim como o ônus da prova também o é<sup>149</sup>.

Uma outra situação que poderá ensejar a responsabilização do Estado pela negação da antecipação da tutela refere-se aos casos em que se pleiteia a antecipação de parcela incontroversa do pedido do autor. Explicando melhor. Haverá casos em que uma parte do pedido formulado pelo autor é admitida pelo réu, ou porque aduz tal fato expressamente na contestação ou porque simplesmente deixa de contestar os fatos alegados pelo autor. Nestes casos torna-se obrigação do juiz antecipar esta parcela incontroversa do pedido, com base no § 6º do art. 273 do CPC, tornando parte do pedido indiscutível e de direito deste.

---

<sup>147</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. Manual do Processo de Conhecimento. p. 210.

<sup>148</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>149</sup> MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. – Manual do Processo de Conhecimento. p. 229: “Quando o fato constitutivo é incontroverso, é correto supor que o réu pode retardar a realização do direito apenas alegando a necessidade da demonstração de fatos em relação aos quais o ônus da prova é seu. Se o réu tem direito à produção da prova, o autor não pode ser prejudicado pelo tempo necessário à elucidação de uma defesa de mérito indireta infundada. Quando a defesa não controverte o fato constitutivo, e é infundada, o tempo necessário para a produção da prova deve constituir ônus do réu”.

Estando presentes os pressupostos citados para cada uma das espécies antecipação de tutela e esta vir a ser negada, provindo o dano iminente ou simplesmente os danos decorrentes do tempo do processo, os quais o autor procurou evitar ao solicitar a tutela antecipada, restando evidenciada a razão do proponente, após o trânsito em julgado da decisão, não restam dúvidas quanto à responsabilidade extracontratual do Estado, baseado na “faute du service”, caracterizada pela omissão. Senão veja-se.

Primeiramente, cabe perguntar se não restaria a responsabilidade pelos danos causados pela não concessão da antecipação da tutela ao réu, que ao fim do processo viu suas razões à resistência do direito do autor negadas em juízo. Para responder tal questionamento deve-se reportar ao Código de Civil, em seu artigo 186, que consagra a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, somente cabível nos casos de dolo ou culpa do agente. Neste sentido e se reportando ao âmbito do processo, não se pode afirmar que alguém que aduz sua defesa em processo judicial esteja agindo com dolo ou com culpa, mas apenas, exerce direito garantido constitucionalmente, consagrado pelo princípio do contraditório. Se o próprio magistrado nega a concessão da medida antecipatória, não há como exigir da parte que disputa em juízo, que esta vislumbre a decisão final desfavorável. Cabe ao réu, isto sim, cumprir apenas os mandamentos provenientes da decisão jurisdicional referentes ao pedido do autor, mas não ser responsabilizado pelos danos decorrentes da omissão infundada do magistrado que negou a antecipação de tutela. Ainda, e se insuficiente o patrimônio do réu para a reparação do dano gerado pela negação da medida, ficaria o autor desamparado? Evidentemente que esta solução encerraria uma injustiça indigna de um Estado democrático de Direito.

Afastada a responsabilização do réu, cabe analisar se o Estado é responsável pela não concessão injusta da antecipação de tutela. De início, observe-se que o cidadão lesado, impedido que está de exercer a autotutela, recorre ao Estado-juiz, para que este preste a tutela necessária à realização da sua pretensão. Este julgador, ao omitir-se, prefere dar prevalência ao direito improvável do réu que proteger o direito provável do autor; ou, injustificadamente, obriga o autor a arcar com o ônus do tempo quanto à parcela incontroversa da demanda; ou então, em situações como a do nosso exemplo acima, o magistrado confere proteção ao direito patrimonial do réu, em detrimento do direito à vida do autor. Tais situações, tornam



inafastável a responsabilidade do extracontratual do Estado, o qual foi solicitado a cumprir com o seu dever e falhou, restando a este, salvo difícilíssima prova em contrário, a ação regressiva contra o magistrado desidioso.

Ainda, torna-se um contra-senso imaginar a irresponsabilidade do Estado frente a tal omissão, uma vez que o equívoco do magistrado que negou a antecipação restou evidenciado no próprio processo, ou porque o próprio Poder Judiciário conferiu razão ao autor; ou porque insuficientes as provas produzidas pelo réu; ou, na pior das hipóteses, porque totalmente infundada a decisão do magistrado em protelar o alcance do bem da vida almejado pelo autor e admitido pelo réu. Trata-se de decisão interlocutória que se mostra injusta pelo próprio curso natural do processo, caso em que não restam quaisquer argumentos a sustentar tal irresponsabilidade estatal, principalmente em um Estado de Direito.

Por fim, a Constituição da República conferiu um dever ao Estado, qual seja o de garantir o acesso à justiça. Não será de se admitir que o magistrado, ao sabor de suas emoções, esteja amparado a ferir uma garantia constitucional, mesmo que presentes todos os requisitos para a sua providência. A responsabilidade do Estado, neste caso, baseia-se no princípio da Legalidade. Ressalte-se, nestes casos, o direito de regresso frente ao magistrado, pois, enquanto agente público, faltou com o dever prescrito em lei e na Constituição da República.

Em síntese, restam presentes, na hipótese aludida acima, os pressupostos exigidos pelo art. 37, §6º da Constituição, quais sejam o nexos de causalidade e o dano ressarcível, uma vez que pelo próprio decurso do processo se evidenciou a omissão do magistrado no cumprimento de seu dever, prescrito pelo art. 273 do CPC e que desta omissão provieram danos ao autor.

#### **4.3.2. Responsabilidade Extracontratual do Estado, baseada na justa distribuição dos encargos públicos, pelo deferimento injusto do pedido de Antecipação de Tutela.**

Dois casos, em princípio, poderão ensejar a responsabilidade do Estado pela concessão de Antecipação de Tutela: quando concedida a antecipação baseada em

grave receio de dano, presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, mas que, ao final do processo venha a se demonstrar a razão do réu; ou nos casos em que o bem da vida foi transferido para a esfera do autor, com base na distribuição justa do tempo do processo, conforme o ônus probatório, mas que após a produção das provas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor, verifique-se que a razão pertencia ao réu. Em princípio, não há que se falar em injustiça de antecipação de tutela que confere ao autor a parcela incontroversa da demanda, pois tal medida, necessariamente será compatível com a decisão final da lide. Embora concedido o bem da vida em antecipação de tutela, nos casos de pedido incontroverso não se trata de efeitos provisórios da antecipação, mas sim de efeitos definitivos. Vejamos os argumentos que seguem.

A antecipação de Tutela, como vimos, é uma técnica processual que visa garantir e efetivar o direito de acesso à justiça. Tal técnica pressupõe a assunção, pela sociedade, de um risco diferente do advindo da ciência processual clássica, entendida como aquela fundada na divisão tradicional da tutela jurisdicional em cognição, execução e cautela<sup>150</sup>, fundadora, dentre outros dogmas, do mito da “*nulla executio sine titulo*”. Tal risco tem em vista garantir o valor “efetividade e tempestividade do processo”, em detrimento do valor “segurança jurídica”<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. p. 07: “O que se acabou de dizer sobre o exercício da jurisdição constitui o elemento básico da classificação que, tradicional e classicamente, é dada à tutela jurisdicional. Com efeito, a “apreciação” das lesões ou ameaças a direitos, prometida na Constituição, compõe-se de um conjunto de atividades que pode ser dividido em duas classes bem distintas. Há atividades que consistem na submissão do direito afirmado a um exame destinado a certificar (ou não) sua existência; e há atividades desenvolvidas no sentido de tornar efetivo o direito certificado ou presumidamente existente. No primeiro caso, há juízo no sentido estrito, e, portanto, sentença. No segundo, há ação, atividade, providências práticas de modificação da realidade, de modo a ajusta-la ao direito reconhecido. À prestação decorrente do primeiro conjunto de atividades jurisdicionais se denomina tutela de conhecimento, ou de cognição; e à outra, tutela de execução ou executiva”.

<sup>151</sup> SILVA, Ovídio Batista da. *Op. Cit.* p. 18: “Importa, contudo, considerar que nenhuma das respostas possíveis oferece resultados inteiramente satisfatórios e livres de inconvenientes. Se o ordenamento processual entender preferível preservar suas formas convencionais de tutela jurídica, sem levar em conta a necessidade de concessão de uma tutela imediata, imposta pela urgência, então muito provavelmente a proteção que o Estado vier a conceder, neste caso, será tardia e muitas vezes inútil, pois o direito então exposto à situação de dano iminente, ao tempo da resposta jurisdicional já não mais poderá realizar-se praticamente por haver desaparecido seu objeto.

Se, no entanto, o ordenamento jurídico fizer a opção pela segunda alternativa, preferindo oferecer proteção imediata eu seja capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente, cuja existência, porém, não fora ainda constatada pelo juiz, terá de oferecer proteção, contentando-se com a simples probabilidade de existência do direito protegido, dado que essa tutela, em virtude da urgência circunstancial, impedirá que o magistrado forme seu convencimento com base numa investigação probatória exauriente.

Conforme o princípio da justa distribuição dos encargos públicos, principal fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado, baseado na teoria do risco integral, ao qual já nos referimos exaustivamente, as ações estatais levadas a cabo em benefício de todos, deverão ter seus ônus igualmente distribuídos por todos. Ora, não há dúvidas de que a técnica da tutela antecipada vem a beneficiar toda a sociedade, proporcionando uma justiça mais célere e com o ônus do tempo melhor distribuído entre as partes litigantes, além de garantir um efetivo direito de acesso à justiça nos casos de fundado receio de dano iminente. Nada mais equânime, portanto, que a sociedade rateie os encargos advindos deste procedimento, nos casos em que o magistrado, legitimamente e em respeito à lei e à Constituição, concedeu a antecipação da tutela que veio a se demonstrar injusta.

Nesse sentido, querer atribuir ao autor os riscos pelo requerimento de antecipação de tutela<sup>152</sup> significará, na imensa maioria dos casos, um entrave intransponível à realização do princípio de acesso à justiça. Atribuir ao autor, que busca o Poder Judiciário para dirimir seus conflitos particulares, os riscos da antecipação da tutela, é o mesmo que lhe dar um direito com uma mão, mas retirar-lhe com a outra. Principalmente se levarmos em conta algumas decisões proferidas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, que contrariam unanimidades doutrinárias e por vezes a própria lógica. Tal risco, num país como o Brasil, inviabiliza qualquer pretensão de acesso à justiça, conferindo apenas aos aventureiros que nada tem a perder, por não lhes restar qualquer patrimônio, o direito e os benefícios da tutela de urgência<sup>153</sup>.

A doutrina que defende a responsabilização do autor nos casos em tela sustenta seus argumentos em uma aplicação analógica do artigo 811 do CPC aos casos de antecipação de tutela. Tal artigo, em seu inciso primeiro, estabelece a responsabilização objetiva do autor pelos danos decorrentes da concessão de medidas cautelares quando a decisão no processo principal lhe for desfavorável. Primeiramente, cabe-se ponderar a validade de tal aplicação analógica, uma vez que os riscos decorrentes de medidas cautelares são sobremaneira menores que os riscos advindos da concessão de tutela satisfativa. Assumir os riscos, objetivamente,

---

<sup>152</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. 2001.

<sup>153</sup> A respeito da natureza da responsabilidade atribuível aos litigantes no processo, veja-se a obra de GOMES, Fábio Luis Gomes. Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela. 2006.

de uma tutela cautelar, com toda certeza, é menos gravoso que assumir os riscos pela antecipação de tutela.

Por outro lado, uma vez assumida a responsabilidade objetiva do autor que pede a antecipação, estaríamos frente a duas possibilidades de responsabilização objetiva, excludentes entre si, qual seja esta advinda de uma aplicação analógica do art. 811 do CPC, atribuída ao autor; e outra, advinda do art. 37, § 6º, da CR, atribuída ao Estado. Data máxima vênia ao pensamento em contrário, mostra-se evidentemente mais plausível a aplicação da responsabilidade expressamente prevista em sede constitucional, àquela proposta por interpretação analógica de preceito infraconstitucional. Por fim, resta claro que a responsabilização do Estado, ao invés do autor, só vem a prestigiar e potencializar o uso da próprio instituto da antecipação de tutela.

Por fim, certo é que sem o exercício da força coatora do Estado, tal dano não sobreviria. A conduta do Estado é fundamental para a ocorrência do dano, configurando o nexo de causalidade necessário para ensejar a responsabilização do Estado. Nada mais assustador que a possibilidade de o Estado concorrer de modo fundamental para a ocorrência de dano ao particular e, em seguida, evidenciado o equívoco, deixá-lo à própria sorte frente ao autor da ação. Pense-se nos casos em que o autor da ação seja completamente desprovido de recursos para saldar o prejuízo causado, seria compatível com um Estado Democrático e de Direito permitir que o réu arque com os riscos da antecipação de tutela? Evidentemente que não, sob pena de se admitir o processo como instrumento profícuo de produção de injustiças. Ainda, no exemplo anteriormente abordado, especificamente, nada mais justo que o Estado reparar o dano causado ao plano de saúde que não estava obrigado a cobrir tal tipo de procedimento médico, mas o foi por determinação judicial. Mesmo evidenciado que o autor não tinha direito à prótese frente ao plano de saúde, certamente o mesmo autor teria tal direito frente ao Estado, obrigado a assegurar a saúde de todos. Neste caso específico, inclusive, nada mais equânime que os recursos sociais, os quais deveriam ter garantido ao cidadão o direito à saúde, restaurem o patrimônio de quem, injustamente, foi obrigado a fazer às vezes do Estado no cumprimento deste fim. O mesmo raciocínio deverá valer para os casos em que o juiz, buscando distribuir igualitariamente o tempo do processo, obriga o réu a suportar o tempo necessário para a produção de prova impeditiva,

modificativa ou extintiva do direito do autor, “equivoca-se”, pois resta demonstrada a razão do réu após o lapso probatório.

Embora se argumente que o Estado-juiz agiu dentro da mais perfeita legalidade, não podemos esquecer que a responsabilidade do Estado é objetiva e que um instituto criado em benefício de todos não deve ter seus ônus suportados por apenas um ou poucos cidadãos.

No mesmo sentido, traçando-se um paralelo entre a Antecipação de Tutela, no âmbito processual civil, e a prisão preventiva, em matéria processual penal, ambas enquanto medidas provisórias e de urgência, que, em última análise, tem por fim proteger e garantir direitos fundamentais de toda a comunidade. Observe-se que quanto ao último instituto, o próprio legislador, no art. 630 do CPP<sup>154</sup>, já determinou que as decisões reformadas, em sede de ação revisional, ensejam a indenização do lesado pelo erro judicial. Não há como negar que ambas as hipóteses caracterizam a situação extremamente similar de dano injusto, que vem a ser evidenciado pelo próprio sistema processual, mesmo que baseadas e cumpridas em estrito respeito à legalidade<sup>155</sup>. Insustentável, portanto, a admissão da indenização na esfera criminal e a negativa frente ao caso civil, tendo em vista que a responsabilidade extracontratual do Estado, pela conduta de seus agentes, tem sede Constitucional e repercute a necessidade de decisões análogas. Em suma, caracteriza-se a responsabilidade objetiva do Estado, por ato lícito, fundado no princípio da igualdade, mais precisamente na justa distribuição dos encargos públicos.

---

<sup>154</sup> Art. 630 do Código de Processo Penal: “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. §1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. §2º - A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada”.

<sup>155</sup> CAHALI, Y. S. Op. Cit. p. 600, citando JOSÉ DE AGUIAR DIAS: “Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, dever valer a mesma disposição” (grifo nosso).

## 5. CONCLUSÃO

Pode-se elencar, como conclusões desta pesquisa, com base na argumentação desenvolvida a cada tópico deste trabalho monográfico, o seguinte:

a) A responsabilidade do Estado decorre do próprio fundamento teórico do Estado democrático de Direito. São inconciliáveis as teorias que fundam e sustentam o ideário de Estado Moderno, democrático e de Direito, com as argumentações que serviam de sustentáculo à irresponsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

b) A teoria publicista da “faute du service”, seja ela traduzida por “culpa do serviço” ou por “falta do serviço” caracteriza-se como modalidade de responsabilidade subjetiva, vez que a censurabilidade é requisito imprescindível para a imputação da responsabilidade estatal e que não se responsabilizaria o Estado caso este prove sua diligência e tempestividade, mesmo que configurado o dano.

c) Não se deveria falar em excludentes ou atenuantes da responsabilidade do Estado, mas pura e simplesmente demonstrar que, nestes casos, não se configurou, total ou parcialmente, o nexo causal entre a conduta estatal ou um dano ressarcível. Se estiver excluída ou atenuada a responsabilidade do Estado é porque, frente ao caso concreto, não se estabeleceu devidamente o nexo causal entre o evento do Estado e o dano, ou este, não goza dos pressupostos essenciais para que seja classificado como “ressarcível”.

d) Não há e nunca houve uma real distinção entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. Não se encontra nenhum autor, na doutrina nacional e estrangeira, que afirme a total e irrestrita responsabilidade do Estado, mesmo porque admitir a reparação de todo e qualquer dano seria negar os pré-requisitos da responsabilidade objetiva, quais sejam, o nexo de causalidade e a configuração do dano ressarcível.

e) O dano indenizável será aquele dotado, a um só tempo, de anormalidade, especialidade e ainda referir-se a direito ou interesse juridicamente protegido. A ausência de uma das três características é suficiente para afastar o reparabilidade do dano.

f) A Constituição da República de 1988 adotou, no que tange à responsabilidade extracontratual do Estado, em seu art. 37, §6º, a doutrina do risco, negada a diferenciação entre o “risco administrativo e o risco integral”, para regular o regime de responsabilidade do Estado brasileiro.

g) A responsabilidade objetiva, pela sua amplitude, abrange a teoria da culpa administrativa, prevalecendo a primeira sobre a segunda, não sendo necessário, mesmo que possível, a demonstração da culpa ou dolo do agente ou do serviço. Todavia, mesmo sob a prevalência da teoria objetiva, determinados danos precisarão da demonstração da falha do serviço, não em decorrência de exigência legal, mas pela própria natureza dos fatos. É o caso dos danos provenientes da conduta omissiva estatal.

h) Não caberá a denúncia à lide do agente causador do dano, visto que tal requisito pressupõe a condenação prévia do ente estatal.

i) Não há nada que impeça o lesado de buscar a reparação do dano, diretamente contra o agente, abrindo mão da responsabilidade objetiva, nos casos em que entender que tal medida lhe seja conveniente.

j) Caberá a responsabilidade do Estado por ato Legislativo, seja por que se configurou um dano anormal e especial a um ou poucos cidadão em particular, seja como corolário dos princípios da Legalidade e da Supremacia da Constituição, que impedem ao Poder Público se locupletar das riquezas da população, mesmo que de forma homogenia, mas ao arrepio da letra da Carta Política.

l) É plena a reparabilidade dos danos injustos causados por atos judiciais, inclusive os jurisdicionais, por não se encontrar argumentos suficientes para diferenciá-los, no que tange ao regime constitucional de responsabilidade pela conduta dos agentes do Estado, dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, para os quais não se contesta o dever de responder objetivamente pelos danos causados.

m) Cabe ao Estado a reparação pelos danos gerados pelo indeferimento injusto do pedido de antecipação de tutela, sempre que presentes os pressupostos necessários para a concessão da medida. Tal responsabilidade decorre da omissão do magistrado, que falta com seu dever, prescrito pelo art. 273 do CPC (antecipação da tutela) e pela Constituição da República (acesso à justiça tempestiva), os quais ordenam a concessão da antecipação de tutela nos casos previstos pelo artigo

citado. Não há como negar que restam preenchidos os pré-requisitos solicitados pelo artigo 37, §6º, da Constituição, quais sejam o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, e que este seja ressarcível.

n) Não há como provir danos pela concessão de antecipação de tutela, nos casos em que esta confere ao autor o direito referente à parcela incontroversa da demanda.

o) Finalmente, cabe ao Estado a reparação dos danos provindos da concessão injusta de antecipação de tutela, já que, não se poderá aplicar analogicamente o art. 811 para conferir a responsabilidade pelo dano ao autor. O risco, neste caso, mostra-se extremamente superior ao risco pela concessão de tutela cautelar, da qual trata especificamente o artigo citado. Tal analogia, portanto, mostra-se um entrave significativo ao acesso à uma justiça efetiva e não deve ser admitida. Além disso, mesmo que assumida a referida analogia, ter-se-ia que optar entre a aplicação de duas responsabilidades objetivas excludentes entre si, qual sejam, a proveniente da aplicação analógica do art. 811 do CPC, ou, a aplicação do mandamento constitucional expresso no art. 37, §6º da Constituição. Não há qualquer motivo para não preponderar a segunda sobre a primeira, vez que preenchidos os requisitos necessários para se ensejar a responsabilidade do Estado, qual sejam o nexo de causalidade e o dano ressarcível. Tal construção decorre da aplicação, também aqui, da justa distribuição dos encargos públicos.



## 6. REFERÊNCIAS

ACCIOLLI, Wilson. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. AJURIS, v. 20, n. 59, nov. 1993, pág.07, Disponível na Internet via: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/443/1/A Responsabilidade Civil do Estado.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/443/1/A%20Responsabilidade%20Civil%20do%20Estado.pdf) .

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário** – Tomo II – Campinas: Bookseller, 2001.

ARANA, Jaime Rodríguez. **Novas Orientações Doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Revista Interesse Público, Nº 29. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público**. Revista Interesse Público, Nº 06. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo** – 22ª Ed. Rev. e Atual.. São Paulo: Malheiros, 2006.

-----. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade** - 12a Tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado** - 2ª Ed. rev. - Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado** – 2ª Ed. ampl. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**, 6ª Ed. revista. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por Atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALCÂNTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. VIII – Responsabilidade em Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado** / Dalmo de Abreu Dallari - 19ª Ed. atual - São Paulo: Saraiva, 1995.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade por atos judiciais** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**, 19ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, vol. II – 10ª Edição Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo** – 6ª Ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo** – 8ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003,  
[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/443/1/A\\_Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Estado.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/443/1/A_Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf)  
[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm) .

GOMES, Fábio Luis Gomes. **Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela: A superação do paradigma da modernidade** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto** – 8ª Edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado** - 25ª ed. atual. pelo Prof. Miguel /Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela** – 9ª ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

----- ARENHART, Sérgio Cruz – **Manual do Processo de Conhecimento** – 4ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno** – 8ª Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

SILVA, Juary C. . **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil vol. 3** - 3a Edição, rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela**. Disponível na internet via: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2905>, extraído em 25/05/2007.

THOMPSON FLORES LENZ, Carlo Eduardo. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais in Revista de Informação Legislativa** – a.35 n. 138 – Brasília: abr./jun. 1998. Disponível na internet via: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_138/r138-06.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-06.pdf), extraído em 30/04/2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela** – São Paulo: Saraiva, 1997.